

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FRANK ROMUALDO RECHE MACIEL

O MERCADO ILEGAL DE CIGARROS

CURITIBA  
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FRANK ROMUALDO RECHE MACIEL

O MERCADO ILEGAL DE CIGARROS

Monografia apresentada como  
requisito parcial para obtenção do  
grau de Bacharel em Direito do  
Curso de Direito do Setor de  
Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal do Paraná..  
Orientadora: Professora Doutora  
Clara Roman Borges

CURITIBA  
2011





Terminal Guadalupe, Curitiba, 2011. *Gregório Bruning*

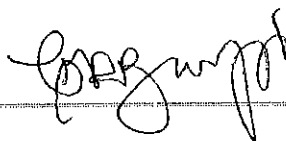


## TERMO DE APROVAÇÃO

FRANK ROMUALDO RECHE MACIEL

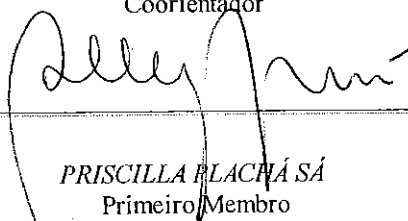
### Mercado ilegal de cigarros

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

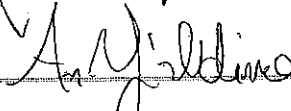


CLARA MARIA ROMAN BORGES  
Orientador

Coorientador



PRISCILLA BLACHÁ SÁ  
Primeiro Membro



ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO  
Segundo Membro

## Sumário

Resumo	6
Abstract	7
Nota introdutória	8
Capítulo 1	
1. Crimes e mercados	10
1.1. Mercados ilegais	10
1.2. O caso dos cigarros	27
Capítulo 2	
2. Contrabando e descaminho	31
2.1 Esquemas de agenciamento	31
2.1.1 Contrabando de cigarros	49
2.1.2. Descaminho de cigarros	52
2.2. Esquemas de distribuição	52
Capítulo 3	
3. Outros esquemas de distribuição	59
3.1. Inclusão de substância nociva à saúde	59
3.2. Contrafação de cigarros	63
3.3. Aplicação de selos fiscais falsificados	65
Capítulo 4	
4. O mercado ilegal de cigarros no Brasil	69
4.1. Atores	69
4.2. O caso brasileiro	71
Algumas conclusões	86
Referências Bibliográficas	92

## Resumo

Este trabalho lança mão do pensamento econômico contemporâneo e de sua visão da criminalidade para elaborar uma definição aproximada de mercado ilegal, em geral, e de mercado ilegal de cigarros, em particular, espécie exemplar daquela primeira conceituação genérica. Para elaborarmos tal síntese, confrontamos FEIGE, RUGGIERO, CLEMENTE & WELTERS e VON LAMPE. Em seguida, analisamos do ponto de vista jurídico-penal os crimes relacionados àquele mercado ilegal específico e, enfim, procedemos a um breve estudo de sua história e seus atores no Brasil, o que nos permitiu concluir que o mercado ilegal de cigarros se revela como estratégia de sobrevivência para o capital e para o trabalho.

## Abstract

This scientific work makes use of contemporary economic approach of crime to prepare an approximated definition of the generic illegal market and the particular illegal cigarette market, a specific case that exemplifies the first. To elaborate this synthesis, we confront FEIGE, RUGGIERO, CLEMENTE & WELTERS and VON LAMPE. Then we analyze the legal-criminal offenses related to that specific illegal market, and finally, we made a brief study of its history and its actors in Brazil, which lead us to conclude that the illegal cigarette market is a survival strategy for capital and labor.

## Nota introdutória

Algumas atualizações recentes do pensamento econômico têm dedicado esforços para compreender a criminalidade como uma atividade econômica qualquer. Neste trabalho lançaremos mão dessas novas teses, a Nova Economia Institucional e a teoria econômica do crime, ambas da segunda metade do século passado, para um estudo criminológico e jurídico experimental, focado no mercado ilegal de cigarros.

No Capítulo 1 buscamos uma definição aproximada dos mercados ilegais, em geral, e do mercado ilegal de cigarros, em particular.

Inicialmente, de acordo com a primeira vertente teórica, situamos o mercado ilegal de cigarros como pertencente à espécie de *economia subterrânea* chamada *economia ilícita* por FEIGE, diferenciando-a conceitualmente das demais espécies – a *economia informal*, a *não registrada* e a *não reportada* – e analisando as relações empíricas existentes entre elas. Mas porque a nós importa discutir o tratamento penal dos mercados ilegais, importa saber quando a *economia ilícita* é penalmente *ilícita*. A fim de compreender essa sua relação com o Direito Penal, confrontamos FEIGE com RUGGIERO, que ao definir a *economia criminal*, espécie de *economia oculta*, explica claramente a relação do Direito Penal com os mercados ilegais. Veremos que o ponto chave da definição é a ilicitude (penal) do objeto que se comercializa. Por essa razão, trataremos de analisar em que casos, de acordo com a dogmática penal, um bem pode ser considerado ilícito.

Em seguida, ampliando a definição que VON LAMPE estabelece para o mercado ilegal de cigarros, em particular, e combinando-a com as reflexões dos autores anteriores, encontraremos uma definição genérica de mercado ilegal, de que o caso dos cigarros seja um exemplo específico.

Analisada as possíveis extensões do Direito Penal sobre os mercados ilegais, apresentamos o que VON LAMPE designa *anatomia* do mercado ilegal de cigarros, em que estão contidos os níveis de agenciamento, atacado e varejo. As hipóteses de agenciamento referem-se ao modo pelo qual os cigarros tornam-se ilegais ou, dito de outro modo, ingressam no mercado ilícito. Veremos que podem corresponder a um ato de produção ou de circulação, a depender de o bem ser ou não considerado ilícito em razão de sua própria natureza. As hipóteses de atacado e varejo, por sua vez, dizem respeito ao percurso que esses bens descrevem até serem vendidos ao consumidor final. Uma a uma, as hipóteses situadas em cada um desses níveis correspondem a um tipo



específico de crime, cuja análise jurídico-penal empreenderemos nos capítulos seguintes, sendo a análise da criminalização da distribuição feita sempre em conjunto com a da produção ou agenciamento.

Assim, no Capítulo 2 analisamos as hipóteses freqüentes de criminalização do comércio de cigarros ilegais no Brasil, o descaminho e o contrabando, e no Capítulo 3 as hipóteses menos freqüentes. As hipóteses freqüentes, concretamente, serão designadas como “contrabando de cigarros proibidos”, “contrabando-quase-descaminho de triangulação” e “descaminho de cigarros”. As demais hipóteses consistem na “contrafação de cigarros”, na “não aplicação de selos fiscais ou aplicação de selos fiscais falsificados” e na “inclusão de substância nociva à saúde”.

No Capítulo 4, enfim, vamos investigar a história do mercado ilegal de cigarros brasileiro, relatando características suas tais como as diferentes configurações que assumiu desde os anos 90, seus atores etc. Em seguida, apresentamos alguns dos fatores que a literatura aventava para explicar a existência e o sucesso do mercado ilegal em questão, concluindo com análise do mercado ilegal enquanto estratégia concorrencial, para o capital, e de sobrevivência, para as classes subalternas.

## Capítulo 1

### 1. Crimes e mercados

#### 1.1. Mercados ilegais

Costuma-se falar em economia ilegal ou informal sem qualquer rigor técnico com o uso desses termos e outros similares. Isso é plenamente desculpável quando o que se quer é apenas enfatizar que esse tipo de economia tira proveito do desrespeito das regras institucionais em detrimento da economia legal ou formal, que por seu turno arca com os custos impostos por aquelas regras. Mas aqui se espera partir de uma conceituação precisa daqueles termos a fim de definir, e nelas situar, um conceito aproximado de mercado ilegal em geral e de mercado ilegal de cigarros em particular.

Destaca-se na literatura econômica contemporânea o interesse da abordagem institucionalista<sup>1</sup>, de que Edgar L. FEIGE é relevante expoente, em compreender o que esse autor designa por *economia subterrânea*. No início dos anos noventa<sup>2</sup>, FEIGE propôs sistematizar o uso de expressões tais como economia informal, escondida, oculta, ilegal, clandestina, paralela etc., até então empregados apenas casualmente e de maneira mais conotativa do que denotativa.

FEIGE reconhece que não há apenas uma *economia subterrânea*, mas muitas, presentes em todas as nações do mundo, mesmo em países de economia planificada ou comunista. Diz o autor que o critério para distingui-la da economia formal ou lícita é o fato de não aderir às regras do jogo, as normas institucionais estabelecidas. Ele prossegue dizendo que, a depender de que regras específicas ela violar, fará parte de um tipo especial de *economia subterrânea*<sup>3</sup>, que o autor classifica em quatro: *ilegal* ou *ilícita*, se consiste na produção e distribuição de coisas ou serviços proibidos; *não*

---

<sup>1</sup> FEIGE define assim a abordagem institucionalista e sua aplicação ao tema: “O amplo quadro conceitual que orienta este empreendimento é a nova abordagem institucional, que atenta para as relações críticas existentes entre as regras do jogo, que restringem a atividade humana, e o processo de desenvolvimento econômico. Sabe-se, hoje, que as decisões políticas exigem o conhecimento empírico do complexo conjunto de relações que ligam o processo de desenvolvimento às instituições que, por sua vez, determinam a evolução e a composição de setores formais e informais da economia”. FEIGE, Edgar L. Defining and estimating underground and informal economies: the new institutional economics approach. World Development, Vol. 18, n. ° 7, July 1990, p. 4. Tradução nossa.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> “O critério para distinguir entre a economia visível e a economia subterrânea é se a atividade adere ou não às regras comuns e institucionais do jogo. Diferentes tipos de atividades subterrâneas são distinguidos de acordo com que regras, em particular, a atividade viola”. Ibidem., p. 5. Tradução nossa.

*reportada*, se consiste nos tributos devidos ao fisco e não recolhidos; *não registrada*, caso em que a atividade não é contabilizada nas estatísticas oficiais que medem a atividade econômica de um país; e *informal*, cujos agentes estão simplesmente excluídos dos benefícios estabelecidos nas normas cuja obediência implicava custos com os quais eles não arcaram; trata-se de normas que regulam relações de propriedade, licenças comerciais, contratos de trabalho, responsabilidade civil, crédito financeiro e seguridade social.

Ao fim, FEIGE ressalva que, apesar das distinções conceituais, há ligações empíricas entre aquelas diferentes espécies de *economia subterrânea* – todas elas, e não apenas a *economia não registrada*, por exemplo, distorcem os dados oficiais que medem o nível de atividade econômica de um país, o que pode frustrar previamente as decisões político-econômicas tomadas com base neles – e propõe um método para quantificar a *economia não observável* e o problematiza, considerando o fato de que ela não pode ser diretamente verificada e, portanto, só pode ser medida através variáveis indiretas.

No Brasil, essa abordagem impulsionou, recentemente, a elaboração de um índice para medir a *economia subterrânea* do país. Ele é calculado desde 2007 pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) em conjunto com o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO). Em 2010, por exemplo, esse índice atingiu 18,3% do PIB ou R\$ 663 bilhões<sup>4</sup>.

Ultrapassa os fins de nosso estudo aprofundar a análise das idéias institucionalistas ou destas sobre a *economia subterrânea*. Sua descrição sumária apresentada pelo referido autor já é o bastante. Aliás, interessa-nos especificamente o que ele denomina *economia ilegal* ou *ilícita*, aquela que consiste na produção e distribuição de bens e serviços proibidos.

Esse tipo específico de *economia subterrânea* não se confunde conceitualmente com os demais, embora com eles mantenha relações empíricas. Nesse sentido, o mercado ou comércio de cigarros, que quer dizer em ambos os casos a sua produção e distribuição, relaciona-se a todos os tipos de *economia subterrânea*, mas nos interessa observá-lo apenas enquanto *economia ilícita*, isto é, como o comércio de um bem proibido, ou o comércio proibido de um bem, o que é o mesmo. A relação profícua entre

---

<sup>4</sup> Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO). Economia Subterrânea do Brasil se mantém estável em relação ao PIB, revelam ETCO e FGV. Disponível em <http://www.etc.org.br/noticia.php?IdNoticia=3836>. Recuperado em 04 de julho de 2011.

o comércio de cigarros e distintas espécies de *economia subterrânea* pode ser facilmente ilustrada com alguns casos noticiados pela imprensa.

Em 2005, a Folha de São Paulo noticiou que o contrabando de cigarros estaria diminuindo e o vácuo (de mercado) resultante estaria sendo preenchido pelos cigarros das pequenas indústrias nacionais, como a Cibrasa e a Rei, concorrentes das majoritárias Souza Cruz e Philip Morris. Juntas, todas as minoritárias teriam aumentado sua participação no mercado de 2%, em 2002, para 15% em 2005. Com base em dados da Receita Federal, a Folha afirmou que a causa do avanço comercial das pequenas resultaria especialmente do não pagamento dos tributos devidos pela produção e distribuição do produto. A Cibrasa e a Rei, por exemplo, deviam juntas, à época, R\$ 2,5 bilhões ao fisco<sup>5</sup>.

O não pagamento de tributos, pertencente à *economia não reportada*, é especialmente sensível na indústria de cigarros, porque grande parte de seu preço final consiste em carga fiscal.

Outro exemplo emblemático é o do empresário Ari Natalino da Silva, publicado na Revista Exame em março de 2003<sup>6</sup>. Como sócio daquelas mesmas empresas, a Cibrasa e a Rei, ele teria se envolvido simultaneamente com os crimes de sonegação fiscal e falsificação de selo fiscal, uma das formas pelas quais o cigarro vem a ser um produto ilegal. Segundo aquele periódico, a Cibrasa já devia, em 2003, cerca de R\$ 180 milhões à Receita Federal, o que era um dos cem maiores débitos fiscais do país e que estaria, ao menos parcialmente, relacionado à fraude fiscal, crime contra a ordem tributária. Esse caso ilustra como alguém pode, por exemplo, conjugar ambas as estratégias, de *economia ilícita e não reportada*, para aumentar seus lucros, ou então, no caso da aplicação de selos fiscais falsificados nos cigarros, pode simultaneamente produzir uma coisa ilícita e deixar de pagar tributos.

É fato que o comércio de cigarros é essencialmente permitido no Brasil. Por isso, é fundamental investigar como o cigarro pode ser um bem proibido, ou seja, como o seu comércio torna-se um exemplo de *economia ilícita*. Mas antes de responder a essa pergunta convém reformulá-la, pois neste trabalho o que se pretende investigar é

---

<sup>5</sup> AFOCFE SINDICATO Técnicos do Tesouro RS. Cigarro “sonegado” substitui contrabando. Artigo retirado do jornal Folha de São Paulo de 16/05/2005. Disponível em [http://www.focefe.org.br/informativo/view?ID\\_INFORMATIVO=29490](http://www.focefe.org.br/informativo/view?ID_INFORMATIVO=29490). Recuperado em 20 de julho de 2011.

<sup>6</sup> Dieguez, Consuelo. O Rei da Maracutaia. Revista Exame, n.º 26 março de 2003, p. 62-64. Disponível em <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0788/noticias/o-rei-da-maracutaia-m0052288>. Recuperado em 02 de novembro de 2011.

propriamente o tratamento penal dispensado ao comércio proibido de cigarros, isto é, o comércio penalmente proibido de cigarros.

FEIGE não analisa explicitamente a intersecção entre *economia subterrânea* e Direito Penal. E essa análise não tem grande relevância para o autor, pois sequer a sua definição de *economia ilícita* a exige. Conforme FIORENTINI sintetiza, “FEIGE propõe uma definição de economia ilegal que inclui todas as transações que violam leis que definem o que pode ser considerado comércio legítimo”<sup>7</sup>. Desse modo, embora os termos *ilícito* e *ilegal* estejam freqüentemente associados ao Direito Penal, nada permite afirmar que, para FEIGE, por *economia ilícita* se deve entender a violação de normas penais. E apesar de, provavelmente, a maioria de tais proibições ter natureza penal, como ocorre com as drogas (Lei n.º 11.343/2006), nada obsta que sejam apenas administrativas, como acontece com a produção nacional de cigarros não autorizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), para a qual são previstas apenas sanções administrativas, definidas no art. 29 da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) ANVISA n.º 90<sup>8</sup> combinado com o artigo 10, XXXV da Lei n.º 6.437/77<sup>9</sup>.

Também é certo que não há delitos somente no interior da *economia ilícita*, pois na *economia não reportada*, por exemplo, há ilícitos penais como a sonegação fiscal, já considerada por FEIGE. Mas se há crimes que, como a sonegação fiscal, por ventura estejam contidos nos outros tipos de *economia subterrânea*, eles se diferenciam daqueles inscritos no tipo *ilícita* porque estes últimos necessariamente dizem respeito ao comércio de um bem ou serviço ilícitos.

Isso demonstra, por um lado, que não há um vínculo necessário e exclusivo entre a *economia ilícita* e o Direito Penal e, por outro, evidencia a necessidade de se complementar a definição do tema desta monografia como a *economia* penalmente *ilícita* ou o comércio penalmente proibido de cigarros.

---

<sup>7</sup> FIORENTINI, Gianluca. Organized Crime and illegal markets, 1999, p. 444. Disponível em <http://encyclo.findlaw.com/8400book.pdf>. Recuperado em 02 de novembro de 2011.

<sup>8</sup> Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) ANVISA n.º 90, de 27 dezembro de 2007. Art. 29 O não cumprimento aos termos desta Resolução constitui infração sanitária, sujeitando o infrator às penalidades da Lei n.º 6.437, de 20 de agosto de 1977 e demais disposições aplicáveis.

<sup>9</sup> Art. 10 - São infrações sanitárias: (...) XXXV - descumprimento de normas legais e regulamentares, medidas, formalidades, outras exigências sanitárias relacionadas a estabelecimentos e às boas práticas de fabricação de matérias-primas e de produtos sob vigilância sanitária: pena - advertência, apreensão, inutilização, interdição, cancelamento da autorização de funcionamento, cancelamento do registro do produto e/ou multa;

Na bibliografia consultada por nós, também encontramos outra pertinente reflexão sobre o uso dos termos informal e ilegal para tratar de atividades econômicas que infringem as normas legais e que, diversamente de FEIGE, define explicitamente sua relação com o Direito Penal.

O criminólogo RUGGIERO define como *economia oculta* aquela que comporta as *economias informais e criminais*. A *economia informal* é o comércio de bens cuja natureza não é oficialmente ilegal, mas cuja produção e distribuição ocorrem através de condições ilegais. Já a *economia criminal* é definida como aquela que produz e distribui bens cuja natureza é oficialmente considerada ilegal e cujos meios de produção e distribuição também são considerados ilegais<sup>10</sup>.

RUGGIERO também apresenta outra definição para a *economia informal*. E essa, diferente da que é dada por FEIGE, explicitamente descreve a existência de crimes contidos nela. Nessa esteira, é o que ocorreria, por exemplo, com boa parte dos delitos contra o consumidor, contra a economia popular ou contra a ordem tributária, ou com boa parte dos delitos ambientais e de concorrência desleal, entre outros, na medida em que constituam meios ilegais empregados no processo de produção e distribuição de coisas lícitas<sup>11</sup>.

De novo, mas desta vez em relação à formulação de outro autor, é importante destacar que o comércio ou mercado de cigarros pode relacionar-se com todos os níveis da *economia oculta*. Há *economias* exclusivamente *criminais*, como a das drogas, mas há outras que se relacionam aos dois tipos de *economia oculta*, o que ocorre no caso dos cigarros, especialmente porque esses bens não são sempre considerados ilegais, como acontece com as drogas. Por isso se deve observar que, neste trabalho, se quer analisar o mercado de cigarros apenas enquanto *economia criminal*, o que designa uma intersecção (específica) do Direito Penal com o comércio de determinado bem.

Agora se pode definir o objeto deste estudo, com base em RUGGIERO e FEIGE, respectivamente, como *economia criminal* ou *economia* penalmente *ilícita* de

---

<sup>10</sup> RUGGIERO, Vincenzo. Crimes e Mercados: Ensaio em anti-criminologia. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 71.

<sup>11</sup> Os crimes contra o consumidor estão descritos na Lei n.º 8.078/90, os crimes contra o meio ambiente na Lei n.º 9.605/98, os crimes contra ordem tributária na Lei n.º 8.137/90, os crimes contra economia popular na Lei n.º 1.521/51, os de concorrência desleal na Lei de Propriedade Industrial, Lei n.º 9.279/96. Podem-se incluir, aqui, também os delitos que prejudiquem os trabalhadores, como a falsidade ou omissão na anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social, crime definido no artigo 279, §§ 3º e 4º do Código Penal, bem como a redução à condição análoga à de escravo, definida no artigo 149 do Código Penal.



cigarros e então retomar o problema proposto, consistente em descobrir quando e como os cigarros vêm a ser proibidos do ponto de vista penal.

RUGGIERO e FEIGE – embora este último não restrinja explicitamente a relação do termo *ilícito* (em *economia ilícita*) com o Direito Penal – apontam que a diferença entre um mercado lícito e outro ilícito é a licitude ou ilicitude do bem que se comercializa. Nessa esteira, as hipóteses em que um bem pode ser ilícito, do ponto de vista penal, consistem em três situações distintas. Ou o bem é o objeto material do delito, ou é instrumento do crime ou é produto de crime. A distinção nos é fornecida, embora não de maneira imediata, pela dogmática penal, que estabelece sem relacioná-las a conceituação doutrinária de cada situação específica.

O objeto material é a coisa (ou pessoa) sobre a qual recai a conduta do sujeito ativo (agente do delito): como a pessoa na lesão corporal, a coisa no roubo, o documento na falsificação. Distingue-se do objeto jurídico do crime, que é o bem ou interesse que a norma penal protege: a vida, o patrimônio, a fé pública. O artigo 91, II do Código<sup>12</sup> conceitua o que é instrumento e o que é produto do crime. Aquele é o objeto empregado pelo agente na realização do crime, cujo “fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito” (por exemplo, máquina de cunhar moeda falsa e o documento falso), e este é, conforme ROBERTO LYRA<sup>13</sup>, o objeto adquirido “diretamente com o delito (coisa roubada), ou mediante sucessiva especificação (jóia feita com o ouro roubado)”, ou conseguido “mediante alienação (dinheiro da venda do objeto roubado)”, ou criado “com o crime (moeda falsa)”.

Uma vez que todo instrumento do crime, para ser considerado como tal, deve constituir coisa “fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito”, pode-se concluir que todo instrumento de crime é produto de outro crime, na medida em que é coisa criada por ele. Nesse sentido, ilustrativamente, veja-se que os exemplos de instrumentos de crime dados acima são produtos de outro crime: a máquina de cunhar moeda falsa é produto do crime previsto no artigo 291 do Código Penal e o documento falso, por seu turno, produto dos crimes dos artigos 296 e seguintes do Código.

Desse modo, os objetos ilícitos podem ser resumidos às definições de objeto material ou produto do crime.

---

12 Código Penal. Art. 91 - São efeitos da condenação: (...) II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

<sup>13</sup> LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Vol. 2. São Paulo: Forense, 1958, p. 553.

Não raro também essas últimas definições se confundem na prática. A coisa roubada, por exemplo, é objeto material e é ainda o produto do crime, na medida em que foi adquirida diretamente com a sua prática. A diferença consiste em que todos os produtos de crime, aí incluindo os instrumentos de crime, estão sujeitos à pena de perdimento, conforme o artigo 91 do Código Penal, mas nem todos os objetos materiais de crime, a não ser aqueles que com a noção de produto de crime se confundam, estão sujeitos à pena de perdimento. Basta lembrar o caso do homicídio, em que o objeto material do crime é o homem vivo. A pena de perdimento de bens, que é um efeito da condenação criminal, priva o agente dos objetos de que se apropriou com a prática do crime. Tais objetos podem ser resumidos a noção de produtos do crime, que contém apenas parte dos possíveis objetos materiais de delito, nem sempre passíveis de apropriação. Assim, para definir o objeto dos mercados ilícitos, interessa-nos a definição de produto do crime, que pode ou não se confundir com a definição de objeto material.

Desse modo, conclui-se que haverá uma *economia* penalmente *ilícita* (FEIGE) ou *criminal* (RUGGIERO) quando houver a produção e distribuição de um bem caracterizado como produto de crime. No entanto, essa definição mostra-se apenas parcial ou insuficientemente adequada quando aplicada ao caso particular dos cigarros. Isso porque parte significativa dos cigarros ilegais, quando produzida, é lícita e só posteriormente torna-se ilícita, como quando descaminhada, por exemplo. Nesse caso, como o ato que introduz o bem no mercado ilícito não corresponde à sua produção, aquelas definições são insuficientes porque deixam de explicar o momento original.

Klaus VON LAMPE, que tem se dedicado ao estudo do *mercado ilegal de cigarros*<sup>14</sup>, como o denomina, ao estudar esse tema específico permite-nos entrever algumas soluções que irão contribuir para formular um conceito aproximado de mercado ilegal em geral que leve em conta as proposições de FEIGE e RUGGIERO e, ao mesmo tempo, admita o caso dos cigarros como exemplo particular.

O termo *mercado* ou *comércio ilegal de cigarros*, segundo VON LAMPE, abrange três *níveis*: (a) o agenciamento (*procurement*), (b) o atacado (*wholesale*) e (c) o varejo (*retail*), que juntos compõem o que o autor chama de *anatomia do mercado*

---

<sup>14</sup> VON LAMPE, Klaus. The Illegal Cigarette Trade. Published in: Mangai Natarajan (ed.), International Criminal Justice, New York: Cambridge University Press, 2011, pp. 148-154.

*ilegal de cigarros*<sup>15</sup>. Embora VON LAMPE refira-se particularmente aos cigarros, pode-se compreender que tais níveis referem-se a qualquer mercado, lícito ou ilícito.

O agenciamento (*procurement*) corresponde ao meio pelo qual determinado produto ingressa num mercado. Ou seja, é o primeiro fato cronológico de um mercado e quase sempre consiste na produção de um bem. É formalmente um ato único, antecedente necessário da posterior distribuição que por sua vez corresponde a inúmeros atos de atacado (*wholesale*) e varejo (*retail*), quando o bem é adquirido pelo consumidor final.

VON LAMPE chama de *esquemas de agenciamento* os modos pelos quais ocorre a introdução do bem, no caso os cigarros, no mercado ilegal. Cada esquema de agenciamento corresponde a um determinado tipo de crime. Isso está de acordo com o que foi exposto acima, onde dissemos que o que define um mercado como ilícito é a ilicitude do bem comercializa, o que depende de ser ele produto de crime. Assim, se o ato de agenciamento de um bem é considerado crime, esse bem será produto de crime e inaugurará um mercado ilegal.

Como o cigarro é, conforme VON LAMPE<sup>16</sup>, um bem essencialmente lícito, ele geralmente é ilegal como produto de determinados crimes não especificamente associados aos cigarros. Esses crimes tornam ilícitos quaisquer bens cuja produção seja lícita. Consistem num ato de circulação econômica não admitido, uma apropriação proibida ou não consentida ou, mais propriamente, uma expropriação. Nesse sentido, os crimes citados pelo autor como associados ao agenciamento de cigarros para o mercado ilegal são o descaminho, a falsificação de marca, a aposição (no produto) de selo fiscal falsificado, o roubo, o furto e a modalidade de contrabando consistente na importação de bem destinado exclusivamente à exportação.

Perceba-se que tais crimes não se aplicam aos bens que já são especificamente proibidos, como as drogas, pois o Direito não tutela a propriedade ou qualquer reivindicação – como a exigência de tributos ou de direitos da propriedade industrial – ligada a bens ilícitos. Não se pode falar, por exemplo, em descaminho ou falsificação de marcas de drogas. No caso desses bens, os únicos modos de agenciá-los para o mercado ilegal é a sua produção, seja ela nacional ou estrangeira importada ilicitamente, caso em

---

<sup>15</sup> “O termo ‘mercado ilegal de cigarros’, como entendido aqui, é mais amplo do que o termo ‘tráfico de cigarros’, frequentemente usado, e abrange três níveis: o nível de agenciamento (*procurement*), um nível intermediário onde os cigarros são conduzidos até o consumidor (*wholesale*), e o nível de varejo (*retail distribution*)”. Ibidem, p. 149. Tradução nossa.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 148.

que ocorre contrabando ou tráfico internacional. Já em relação aos bens lícitos, há inúmeros modos ou esquemas de agenciá-los para o mercado ilegal, como os citados acima em relação aos cigarros, que não estão diretamente relacionados a eles e consistem não num ato de produção, que é lícita, mas num ato de circulação tido como crime.

Mas também é possível que os cigarros, peculiarmente, sejam especificamente proibidos. Isso pode ocorrer por serem violadas exigências relativas ao seu controle sanitário. Nesse caso, assim como para as drogas, o esquema de agenciamento corresponde à produção nacional ou à importação clandestina da produção estrangeira, o contrabando de cigarros fabricados no exterior, onde a sua produção não atende às exigências sanitárias do país de destino. Mas note-se que em regra os cigarros podem ser produzidos ou importados, desde que atendam determinadas condições, o que não se aplica às drogas. Por essa razão, pode-se dizer a proibição específica do cigarro é apenas relativa, enquanto que a das drogas é absoluta.

VON LAMPE, que pretende que seu trabalho tenha alcance internacional, considera que as hipóteses mais freqüentes de agenciamento de cigarros para o mercado ilegal são crimes relacionados à sua circulação, caso em que correspondem à violação de uma proibição protetora da circulação legítima de qualquer bem cuja produção seja lícita. Mas não descarta que, atualmente, parte significativa dos cigarros ilegais advenha do desrespeito de regras relativas especificamente a esses bens, isto é, à sua produção.

É esse o caso brasileiro, onde atualmente o mercado ilegal é alimentado majoritariamente pelo contrabando: a importação da produção estrangeira que viola normas de controle sanitário, aplicáveis especificamente aos cigarros. Aliás, é curioso que o desrespeito das mesmas regras pelos produtores nacionais, também a eles aplicadas, não seja da mesma forma considerada crime, como veremos no início do Capítulo 3.

Neste ponto, é pertinente observar que caso houvéssemos considerado estritamente o que, conforme FEIGE e RUGGIERO, pode ser designado por *economia* penalmente *ilícita* e *economia criminal*, isto é, a produção e distribuição de um bem proibido, o mercado ou comércio ilegal de cigarros só poderia ser considerado um exemplo daqueles conceitos unicamente quando a sua produção fosse proibida, o que, como vimos, deixa de fora a maior parte das situações possíveis. Assim, o que VON LAMPE considera *mercado ilegal de cigarros* apresenta um elemento não considerado nas definições anteriores: o agenciamento por atos que não correspondem à produção,

mas à circulação, isto é, a determinados meios proibidos de se apropriar de quaisquer bens cuja produção, nacional ou estrangeira, é lícita. Aqui o que se proíbe não é um bem específico, mas um meio de determinado de se apropriar de qualquer bem, um crime como o de descaminho, falsificação de marca, roubo, etc.

Como dito inicialmente, pretende-se formular uma definição geral de mercado ilegal de que o caso dos cigarros seja um exemplo particular. É certo que essa definição será apenas aproximada, pois toma em conta o cotejo de poucos autores e a comparação de apenas dois mercados ilegais, o de cigarro e o de drogas, embora estes sejam casos paradigmáticos, que exemplificam tanto o comércio ilícito de um bem essencialmente lícito, quanto o de outro essencialmente ilícito.

VON LAMPE não oferece uma definição ampla, mas sua descrição da estrutura do *mercado ilegal de cigarros* aventa um fato que se verifica para todas as *economias criminais* ou *economias* penalmente *ilícitas* de qualquer bem cujo comércio seja essencialmente lícito. Por isso, ela deve ser conjugada as definições anteriores, que por sua vez devem ser preservadas. Isso porque, por sua abrangência, elas diferenciam em geral as *economias ilícitas* de outros tipos de *economia subterrânea*, bem como diferenciam as *economias criminais* das *informais*.

Agora se pode concluir que um mercado ilegal genérico consiste na distribuição (ou atos de atacado e varejo) de um bem penalmente proibido (ou produto de crime), cujo ato de agenciamento pode: 1) corresponder unicamente à produção (incluindo a estrangeira) do bem, caso em que ele é objeto de uma proibição específica, absoluta – v.g. drogas – ou relativa – v.g. cigarros –; 2) ou pode corresponder não à produção, mas a determinados meios proibidos de se apropriar de quaisquer bens não especificamente proibidos, cuja produção – nacional ou estrangeira – é lícita; pode-se dizer que, nesse segundo caso, o agenciamento corresponde a atos de expropriação. São *a priori* ilícitos os bens especificamente proibidos, enquanto que os demais são ilícitos *a posteriori*. Contudo, são essencialmente lícitos, e só acidentalmente ilícitos, não somente os bens genericamente proibidos<sup>17</sup>, mas também aqueles cuja proibição específica é relativa a determinadas condições – v.g. cigarros – que, se atendidas, autorizam a produção (ou importação) lícita do bem.

---

<sup>17</sup> Genericamente proibidos porque se trata dos bens (cuja produção é lícita) frutos de expropriação, qualquer que seja a natureza do bem. São bens roubados, furtados, descaminhados, contrafactados, etc.

Assim, tem-se uma definição genérica que abarca o mercado ilegal de cigarros e que simultaneamente permite diferenciá-lo de outros mercados ilegais, como o de drogas.

É necessário recordar que a definição de FEIGE para *economia ilícita* contempla também a produção e distribuição de serviços proibidos, e não apenas bens. E é certo que também há uma *economia* penalmente *ilícita* de serviços, como a exploração da prostituição, do jogo do bicho<sup>18</sup>, do tráfico de pessoas, de órgãos, etc. Mas, por ora, nossa definição genérica de mercado ilícito será restrita a coisas, a fim de não estender em demasia este trabalho.

Finalmente, após o agenciamento do bem ele deve passar aos níveis do atacado e do varejo para que se caracterize propriamente um mercado. É fundamental, portanto, que ocorram todas as etapas ou níveis, do agenciamento até a distribuição do bem, quando será transacionado sucessivamente até o consumidor final. Os atos de distribuição consistem no atacado em sentido amplo – v.g. transporte, armazenamento etc. – e em sentido restrito (transações de grande escala), e no varejo, transações de pequena escala envolvendo o consumidor.

Não são todos os atos de um mercado ilícito que necessariamente devem ser crimes. O legislador pode descriminalizar o consumo do bem, por exemplo. Pode ainda, esquecer-se de incriminar uma conduta específica pertinente ao atacado, o que dificilmente ocorrerá, é verdade, dada a generalidade e o extenso número de condutas descritas em tipos penais relacionados a mercados ilegais. No entanto, em razão da própria definição de mercado ilícito, é necessário (e suficiente) que o ato de agenciamento seja tido como crime, pois disso depende que o bem agenciado seja ilícito, como produto de crime. Nessa esteira, a produção de droga e o contrabando de cigarros são atos de agenciamento que inauguram mercados ilícitos apenas porque são atos tidos crimes. Supondo que a distribuição desses bens ou algum ato específico dela não fosse considerado crime, o mercado respectivo continuaria sendo penalmente ilegal, pois o que o define é a ilicitude ou não de seu ato de agenciamento.

Além disso, é certo que o legislador, quando estabelece um tipo penal enumerando verbos ligados ao comércio de um bem, não quer com isso necessariamente condicionar as hipóteses puníveis à existência de uma finalidade lucrativa subjetiva.

---

<sup>18</sup> Embora o jogo do bicho não seja considerado crime, todas as considerações feitas aqui poderiam ser aplicadas as contravenções, caso do jogo do bicho, uma vez que também se tratam de proibições penais, que no caso desse jogo de azar está contida no Decreto-Lei n.º 3.688/41. A principal diferença diria respeito à gravidade da sanção criminal imposta, que é muito mais branda para as contravenções.



Como ocorre com o tráfico de drogas, condutas típicas objetivas tais como fabricar, importar, exportar, adquirir, transportar, vender e fornecer determinado bem não precisam estar conjugadas a uma postura subjetiva orientada ao lucro para configurar o delito. Pode ser que ela seja exigida, assim como consta no artigo 334, § 1º, *c* e *d* do Código Penal, fato equiparado a contrabando e descaminho que para configurar-se deve ser “cometido no exercício de atividade comercial ou industrial”. Ou, ainda, pode acontecer como nos crimes ambientais, em que há vários casos que descrevem atos de um mercado ilegal e cujo cometimento para “obter vantagem pecuniária” agrava a pena (art. 15, II, *a* da Lei n.º 9.605/98). Mas nada obsta que o ato (de agenciamento, atacado ou varejo) de mercado ilegal esteja contido, no tipo, apenas como mais uma dentre várias hipóteses puníveis, delas não especialmente distinguidas por causa da finalidade lucrativa.

Ademais, os níveis de um mercado ilegal não estão todos sempre descritos num único dispositivo legal. No tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006) é possível identificar atos correspondentes a todos os níveis do mercado ilegal em questão, do agenciamento ao varejo, num único dispositivo penal. Mas não é, necessariamente, sempre assim. No caso do mercado de coisas furtadas e roubadas, por exemplo, o agenciamento, que está descrito nos *caputs* dos artigos 155 e 157 do CP, conjuga-se a atos de distribuição – atacado e varejo – que estão descritos no artigo 180 do CP.

Embora não seja certo que todos os atos de um mercado ilegal sejam considerados crimes, bastando que o seja o ato de agenciamento, pelo simples fato de haver a previsão do crime de receptação de coisa que seja produto de crime (artigo 180 do Código Penal), há uma tendência de que a criminalização do ato de agenciamento se estenda, ainda que sob a forma de outros tipos penais, por todas as etapas do comércio do bem ilícito. Às vezes, porém, ocorre de haver a previsão de uma receptação especial, ligada a receptação do produto de um crime em específico, o que afasta a aplicação daquela modalidade genérica. Em outros casos, não se pode falar em receptação, nem nalguma modalidade especial desta, pois o tipo penal não exige, propriamente, que a coisa ilícita tenha sido “recebida” pelo agente para que o delito se configure, bastando que ele a possua ou algo similar, conduta que é simplesmente equiparada (do ponto de vista da pena) ao ato de agenciamento, como ocorre no caso das drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006).

Quanto às transações existentes no nível de distribuição de um mercado ilegal, há uma observação importante a ser feita. Há transações que são descritas como crime,

mas não correspondem a um ato de um mercado ilegal. Especialmente em relação aos cigarros, para os quais há um imenso mercado legal, podem ocorrer transações fraudulentas em prejuízo do consumidor, que definitivamente espera adquirir um cigarro lícito, mas é induzido a adquirir erroneamente um outro ilícito. VON LAMPE considera essa hipótese quando trata do segundo esquema de varejo de cigarros ilegais, que ocorre em lugares semi-públicos, como bares, onde a oferta de cigarros ilícitos é feita como alternativa de preço aos cigarros legais ou simplesmente é feita em lugar deles pelo mesmo preço, no caso de falsificação de marca. O consumidor que quer comprar cigarros lícitos pode ser enganado. Mas essa situação, que pode ser frequente, escapa ao tema deste trabalho. É importante, portanto, distinguir as transações fraudulentas daquelas que efetivamente fazem parte de um mercado ilegal, em geral, e do mercado ilegal de cigarros, em particular.

Nessa esteira, aquilo que CLEMENTE & WELTERS tratam por *crimes que constituem mercados* coincide com as características dos crimes correspondentes às transações próprias de um mercado ilegal.

Nas definições de *economia criminal* (RUGGIERO), *economia* penalmente *ilícita* (FEIGE), como a complementamos, e ainda de mercado ilegal (VON LAMPE), que ampliamos, os autores incluem tanto os níveis de produção quanto o de distribuição de um bem ilícito, enquanto que CLEMENTE & WELTERS com a expressão *crimes que constituem mercados* referem-se unicamente às transações, que a rigor não dizem respeito à produção daqueles bens, senão apenas à sua distribuição. Desse modo, há apenas uma coincidência parcial entre aquelas definições, sendo que as primeiras são mais amplas e abrangem esta última. Mas fato é que quando a transação de um bem é penalmente proibida a sua produção também o é, o que reciprocamente também é verdade, sendo que geralmente ambas as proibições são descritas no mesmo dispositivo legal. Por isso, *crimes que constituem mercados* necessariamente pressupõem a criminalização também da produção, ou melhor, do agenciamento dos bens. Ademais, se estes últimos autores enfatizam explicitamente apenas as transações, é porque esse aspecto é que é definitivo para formação de qualquer mercado, lícito ou ilícito. Também em FEIGE, RUGGIERO e VON LAMPE a transação do bem produzido é essencial para caracterizar suas respectivas definições.

Deve-se ressaltar que o conceito de *crimes que constituem mercados* foi deduzido do texto daqueles autores, pois eles próprios não parecem querer formulá-lo explícita e sistematicamente. Dizem eles:

“De fato, na ação ilegal pode haver algo sendo transacionado ou não. Prostituição e venda de drogas, por exemplo, constituem mercados na medida em que compradores e vendedores realizam seus objetivos. Porém, estupro e homicídio representam situações totalmente distintas das anteriores. Nesses casos há claramente criminoso e vítima e não se pode falar apropriadamente em demanda e mercado. Além disso, o argumento de que furtos e roubos atendem à demanda derivada, originada do mercado de bens roubados ou furtados, não pode ser generalizado: mesmo que os roubos e furtos de bens para uso próprio sejam pouco expressivos, o mesmo não se pode dizer dos roubos e furtos de dinheiro.

Constata-se que existem atividades ilegais que constituem mercados, para as quais a oferta, entendida como a disposição dos membros da sociedade para cometerem crimes, equilibra-se com uma demanda direta ou derivada, mas constata-se também a existência de atividades ilegais que não constituem mercados e que estão longe de representarem meras exceções.”<sup>19</sup>

Depreendem-se três critérios simultâneos para caracterizar um *crime que constitui mercado*.

Primeiro, deve haver um crime, conforme seu conceito formal, isto é, um fato descrito na lei penal como crime, conforme um princípio fundamental em Direito Penal, o da legalidade, que postula a inexistência de crime sem lei que o defina.

O segundo critério para caracterizar um *crime que constitui mercado* é o que exige que o fato definido como crime (1º critério) deve consistir na transação de um bem. Nesse sentido, os autores citam a venda de drogas e a prostituição<sup>20</sup> como exemplos de bens cuja transação é descrita como crime, em oposição ao homicídio e ao estupro, que não descrevem a transação de qualquer bem.

E o último e mais importante critério é o que estabelece que a transação desse bem (2º critério) descrita como crime (1º critério) deve realizar a vontade de compradores e vendedores, ou seja, deve ocorrer num contexto em que há oferta e procura, sem envolver diretamente vítimas individuais.

---

<sup>19</sup> CLEMENTE, Ademir; WELTERS, Ângela. Reflexões sobre o modelo da economia do crime. Revista de Economia, v. 33, n. 2 (ano 31), p. 139-157, jul./dez. 2007. Editora UFPR, p. 149.

<sup>20</sup> A prostituição não é considerada crime. Apenas o seu agenciamento por terceiros o é, conforme o artigo 228 e seguintes do Código Penal.

Isso quer dizer que os *crimes que constituem mercados* propiciam ganhos consentidos para quem os comete, o que não ocorre, por exemplo, no roubo ou no furto. Nesse sentido, dizem os autores:

“Os ganhos de furtos, roubos, latrocínios e congêneres, como seriam os ganhos psicológicos de ações contra a pessoa, não podem ser admitidos como consentidos, como é o caso dos ganhos obtidos nos mercados de toda sorte.

(...)

Quando o produtor produz para o mercado, estima os ganhos futuros tomando por base a disposição dos compradores de comprarem certas quantidades do produto a certo preço. Há do outro lado uma vontade, teoricamente livre, manifestando-se. Os ganhos futuros de potencial ação criminosa, particularmente se violenta, são de natureza diversa: não há manifestação de força contrária de mercado.”<sup>21</sup>

Quer dizer que é imprescindível para aquela definição que nenhum dos agentes envolvidos na transação possa ser considerado vítima.

Os autores citam a demanda derivada por bens roubados e furtados. É evidente que o roubo e o furto possuem vítimas individuais, mas essas, quando da transação dos bens roubados e furtados, permanecem à parte da transação, isto é, não se confundem com nenhum dos agentes envolvidos na troca criminosa direta do bem e esses, por sua vez, não podem ser considerados vítimas, senão agentes do crime que tornou a coisa ilícita ou do crime de receptação, do artigo 180 do Código Penal. Há ainda, por exemplo, delitos contra o consumidor, que envolvem a transação de um bem, mas não configuram crimes que constituem mercados. Pode o consumidor alegar em juízo a sua condição de vítima contra o ofensor, agente da oferta do bem, para exigir contra ele sanção de natureza civil (a reparação dos danos). É o que também pode ocorrer com o delito de estelionato, por exemplo. Situação muito diversa, porém, é aquela do usuário de drogas, que embora possa ser considerado “vítima” do traficante que lhe vende droga de qualidade pior da que lhe diz vender, ou “vítima” dos malefícios da droga, não poderá alegar essa sua condição contra o agente da oferta do bem para exigir contra ele a reparação civil dos danos que por ventura lhe tenham sido causados.

---

<sup>21</sup> CLEMENTE, Ademir; WELTERS, Ângela, op. cit., p. 149.

Em síntese, um *crime que constitui mercado* é um ilícito penal (1º critério) que descreve objetivamente a transação de um bem (2º critério), a qual propicia ganhos consentidos, isto é, não envolve vítimas individuais (3º critério).

Duas ressalvas devem ser feitas neste ponto. Primeiro que, se para caracterizar um mercado a noção de transação (2º critério) é imprescindível, esta não o é para caracterizar a ilicitude ou licitude de um mercado. Vimos que é o fato de o ato de agenciamento ser considerado crime que torna ilícito um mercado, na medida em que é o ato de agenciamento que faz surgir o bem ilícito como seu produto. A sua transação, para efeitos daquela definição, não necessariamente deve ser crime, embora na prática dificilmente não o seja. E, como segunda ressalva, observe-se que a aquisição do bem para o consumo do mesmo modo não deve necessariamente ser considerada crime, embora novamente, em face da legislação penal nacional, dificilmente não o seja. É o caso, por exemplo, da criminalização do consumo de drogas (artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006), do consumo de cigarros importados em desacordo com “medidas especiais de controle fiscal” (artigos 2º e 3º do Decreto-Lei n.º 399/68) e da aquisição de coisas que sejam produto de crimes, em geral (artigo 180 do CP).

Em suma, concluídas essas importantes ressalvas, à definição de mercado ilícito que sintetizamos acima se deve acrescentar que a transação do bem no atacado e no varejo, ou seja, na sua distribuição, sendo ou não crime, deve corresponder ao 3º critério para a definição de um *crime que constitui mercado*, isto é, não pode envolver diretamente vítimas individuais, entendidas como aquelas que poderiam ir a juízo alegar sua condição de vítima para requerer sanções civis contra o ofensor.

Antes de passar a análise da *anatomia* do mercado ilegal de cigarros, interessa indicar possíveis razões pelas quais esses bens tornam-se ilegais. Tais razões podem ser de duas ordens, a depender da causa formal da ilicitude: se é a violação de uma proibição específica de um bem, concretizada na sua produção ou importação, ou se é a violação de uma proibição genérica referente a uma expropriação ou meio de apropriação proibido, e não a um bem. O primeiro caso é o dos cigarros contrabandeados e o segundo o dos cigarros falsificados, descaminhados etc.

Quando se trata da violação de uma proibição genérica, as razões pelas quais os cigarros tornam-se ilícitos não estão diretamente relacionadas a ele, mas a proteção da propriedade industrial, no caso da falsificação de marcas, ou do fisco aduaneiro, no caso do descaminho, ou do patrimônio, no furto e no roubo, etc. Tais razões devem ser

verificadas quando da análise do bem jurídico tutelado em cada tipo penal correspondente a cada esquema de agenciamento.

Quando se trata de uma proibição específica, num primeiro momento as razões materiais parecem estar reduzidas a uma escolha do legislador. Nesse sentido, é esclarecedora a exposição de MAGALHÃES:

“Com efeito, mire-se no tráfico de drogas. Neste tipo de relação, é possível com alguma facilidade evidenciar agentes que atuam na oferta – o traficante – e, de outro lado, aqueles que atuam na procura ou demanda – o usuário e, desde que cheguem a determinado equilíbrio, concernente ao preço pelo objeto negociado – a substância entorpecente ilícita – ter-se-á ocorrido uma transação econômica.

(...)

O traço diferenciador é um caso de *public choice*. Com efeito, trata-se de opção político-legislativa conceber determinada relação como relação de mercado ou criminosa. No mercado, praticam-se atividades lícitas e o tráfico ou qualquer crime é tido como uma atividade ilícita. O caráter lícito ou ilícito da atividade é definido pela lei.”<sup>22</sup>

A rigor, não se pode ultrapassar a definição formal que MAGALHÃES apresenta para explicar a ilicitude ou licitude de um bem em específico: trata-se de uma convenção política. Mas é perfeitamente possível elencar razões materiais pelas quais se decide tornar ilícito um bem específico, a exemplo da proibição de importar de cigarros (contrabando).

Segundo FIORENTINI, em regra a literatura refere-se a razões paternalistas para explicar por que determinados bens são tornados ilegais. Nesse sentido, o Estado intervém e decide no lugar dos consumidores porque esses não seriam perfeitamente capazes de entender as consequências de suas escolhas<sup>23</sup>. O autor também cita Rose-Ackerman, segundo quem há duas razões para o Estado tornar ilícito o comércio de um bem<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> MAGALHÃES, Giovani. A economia do crime: o Direito Penal sob o olhar da análise econômica do direito. Disponível em <http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/a-economia-do-crime-o-direito-penal-sob-o-olhar-da-analise-economica-do-direito/30/>. Recuperado em 06 de novembro de 2011.

<sup>23</sup> FIORENTINI, Gianluca, op. cit., p. 446.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 446-447.



Primeiro, deve-se proibir o comércio daqueles bens de consumo involuntário que exijam um alto controle de qualidade, como órgãos e sangue humanos. Isso porque a qualidade de tais bens não poderia ser bem avaliada por qualquer um, mas somente por técnicos e especialistas, e mesmo que uma avaliação fosse possível para a maioria das pessoas, a demanda desses bens em situações urgentes reduziria a capacidade de negociação em prejuízo dos consumidores. Nesses casos, o uso de licenças para o controle de qualidade é ineficiente, pois criaria um mercado secundário, não licenciado, de baixa qualidade. Além disso, o comércio de tais bens geraria uma sobrecarga de posteriores litígios judiciais.

A segunda razão consiste nos efeitos negativos sobre terceiros não considerados pelas partes envolvidas na transação de bens de consumo voluntário. Como exemplo, o autor aduz à possibilidade de o uso de drogas pesadas exigir mais renda do que a que o consumidor obtém licitamente, o que o estimularia a cometer crimes como o furto, o que por sua vez aumentaria os gastos com segurança. Ou então, aumentaria as despesas com saúde, com as quais o consumidor não poderia arcar, deixando-o dependente do Estado ou da caridade dos particulares.

É essa segunda hipótese, combinada a razões paternalistas, que explica a proibição penal específica dirigida aos cigarros, especialmente por (supostamente) aumentarem gastos com saúde pública, o que não tratamos de estudar neste trabalho.

## 1.2. O caso dos cigarros

Recorde-se que, de acordo com VON LAMPE, a *anatomia* do mercado ilegal de cigarros tem três níveis: o agenciamento, o atacado e o varejo.

O autor elenca três esquemas tradicionais de agenciamento: o de pequena escala (*bootlegging*), o de grande escala (*large-scale smuggling*) e a contrafação.

O primeiro esquema de agenciamento (*bootlegging*<sup>25</sup>) consiste em adquirir cigarros numa jurisdição onde os tributos são menores para revendê-los posteriormente

---

<sup>25</sup> Por curiosidade, pesquisamos a origem do termo na Wikipédia. “O termo bootleg tem sua origem na famosa obra da [literatura inglesa As Viagens de Gulliver](#), escrita em 1726 por [Jonathan Swift](#), onde no mundo “smuggling”, os “smugglers” ([contrabantistas](#)) escondiam o contrabando dentro de baús, [balsas](#) e canos de botas (“boots”), para não serem presos. Com o passar do tempo, o “boot”, passou a ser gradualmente usado como adjetivo para descrever artigos de origem dúbia (envolvidos em algum tipo de actividade [criminal](#)) e acabou por se tornar um termo conveniente para esses tipos de gravações emitidas por [selos independentes](#), uma vez que são realizadas sem o consentimento do artista ou da [gravadora](#) dona dos [direitos autorais](#).” Wikipedia, Origem do Termo *bootlegging*. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Bootleg>. Recuperado em 02 de novembro de 2011.

num local onde os tributos são maiores, o que não precisa acontecer entre dois países, bastando que as unidades de uma mesma federação tributem os cigarros de maneira diferente, como ocorre nos Estados Unidos, segundo VON LAMPE<sup>26</sup>. Nesse primeiro esquema, os tributos são pagos apenas no local de origem dos cigarros.

O segundo esquema, de tráfico em grande escala (*large-scale smuggling*), consiste desviar para o mercado interno ou para outro local, que não o previsto, cigarros destinados à exportação. Nesse caso, tira-se vantagem da suspensão de tributos sobre a exportação.

O terceiro esquema é contrafação de cigarros. Se nas duas situações anteriores os cigarros são produzidos por fontes legítimas, no caso da contrafação não. A falsificação de selos fiscais, também mencionada pelo autor, geralmente está ligada a contrafação de cigarros.

VON LAMPE também elenca outras fontes de agenciamento de cigarros para o mercado ilegal. Nesse sentido, ele menciona um quarto esquema consistente em produzir cigarros diretamente para o contrabando, o que configuraria um esquema de agenciamento recente, mas tão significativo quanto os anteriores. Cita como exemplo o que foi noticiado sobre a marca Jin Ling, que hoje domina 15% do mercado europeu<sup>27</sup>, e afirma:

“Desde 2004, um novo fenômeno passou a conformar o mercado negro de cigarros na Europa: cigarros legalmente manufaturados em Kaliningrado, na Rússia, e em outras localidades da Europa Oriental, sob a marca “Jin Ling”. Ao que tudo indica, estes cigarros, que são na maioria das vezes utilizados por contrabandistas (*smugglers*), são especialmente feitos para serem distribuídos no mercado negro.”<sup>28</sup>

O autor ainda cita o roubo e o furto de cigarros, mas admite que não respondam por uma parte significativa dos cigarros ilegais.

Quanto aos atos de distribuição, VON LAMPE os subdivide em atos de atacado e varejo. Para o autor, por atacado deve-se entender não somente as transações em

---

<sup>26</sup> VON LAMPE, Klaus, op. cit., p. 150.

<sup>27</sup> VON LAMPE refere-se a Candea, S., D. Campbell, V. Lavrov & R. Shleynov, (2008, October 19). Made to Be Smuggled: Russian Contraband Cigarettes ‘Flooding’ EU. The Center for Public Integrity. Disponível em <http://www.publicintegrity.org/investigations/tobacco/articles/entry/763/>. Recuperado em 15 de julho de 2011. Tradução nossa.

<sup>28</sup> VON LAMPE, Klaus, op. cit., p. 149.

grande quantidade, mas também os diversos modos que viabilizam a distribuição dos cigarros ilegais até os pontos do varejo. Pode ocorrer através de fronteiras ou apenas no interior de um país, como nos Estados Unidos, onde os tributos sobre os cigarros variam entre os entes da federação. VON LAMPE alerta que o modo de distribuição no atacado depende mais do tamanho do lote transportado do que da sua fonte de agenciamento. É isso o que determinará, em última instância, se o cigarro é transportado por mar, por terra ou por ar, em carros ou caminhões, misturados entre coisas legais ou puramente escondidos, em fundos falsos de carros ou em tanques vazios de caminhões.

VON LAMPE subdivide o varejo, por seu turno, em três esquemas, relativos ao local em que a venda para o consumidor final é realizada: lugares públicos, semi-públicos ou privados.

No primeiro caso a venda é anunciada para quem passa pelo local, como em eqüinas, praças, etc. No segundo a venda ocorre em lugares semi-públicos como bares, onde cigarros ilegais são oferecidos como alternativa aos lícitos, mais caros do que aqueles. E no terceiro esquema de varejo, por fim, devido à venda ocorrer em lugares privados (*private settings*), ela depende de redes ou relações sociais, como ocorre com o comércio de drogas.

VON LAMPE pretende que suas reflexões se apliquem aonde quer que existam mercados produtores e consumidores de cigarros. Diz VON LAMPE:

“O tráfico e distribuição ilegal de cigarros é um fenômeno global em dois sentidos. Ele pode ser observado nas mesmas formas em cada continente e há alguns esquemas que o faz circular por todo o mundo, ligando lugares distantes como uma fábrica clandestina na China que produz cigarros contrafactados com uma esquina em Londres onde esses cigarros são vendidos.”<sup>29</sup>

Sua aplicação universal depende, é claro, de que ao menos os crimes relacionados comércio de cigarros proibidos sejam os mesmos. Uma vez que isso não necessariamente ocorre, deve-se analisar as proposições de VON LAMPE para adequá-las e melhor aplicá-las ao caso do mercado ilegal brasileiro.

Quanto aos esquemas de agenciamentos, veremos que o primeiro que o autor elenca corresponde ao descaminho de cigarros; o segundo, no caso de nossa legislação,

---

<sup>29</sup> Ibidem, p. 148. Tradução nossa.

a uma forma de contrabando; o terceiro, à falsificação de marca e à falsificação de selo fiscal; o quarto, novamente ao contrabando de cigarros, numa outra modalidade; e o quinto, finalmente, ao roubo ou furto.

Analisaremos com vigor apenas o primeiro, segundo e quarto esquemas de agenciamento elencados por VON LAMPE, consistentes no descaminho e em modalidades de contrabando. Iremos focar neste trabalho, no Capítulo 2, o estudo das hipóteses historicamente mais freqüentes, relativas ao caso brasileiro. Aos demais dedicaremos apenas uma brevíssima exposição no Capítulo 3. Apesar de nada freqüentes se comparados ao contrabando e ao descaminho, seu estudo nos permitirá conhecer, ainda que introdutoriamente, crimes pouco estudados como a contrafação e falsificação de selo fiscal. Também acrescentaremos a análise de alguns novos esquemas, desdobrados ou acrescentados aos anteriores, que nos ajudarão a compreendê-los melhor.

Juntamente à análise das hipóteses de agenciamento, que necessariamente são espécies de crime, trataremos de estudar os casos em que os atos de distribuição posteriores também são criminalizados. Pelo fato de haver hipóteses de criminalização do atacado e do varejo especialmente ligadas ao tipo penal que criminaliza o ato de agenciamento, seja como modalidade especial de receptação ou como conduta simplesmente equiparada aquele ato fundante, o tratamento penal dos atos de distribuição num mercado ilegal devem ser analisados em conjunto e a partir do estudo do crime que conforma o seu ato de agenciamento.

A abordagem não esgotará a análise de todos os aspectos jurídicos pertinentes aos tipos de crime, especialmente em relação às hipóteses menos freqüentes. Será restrita àqueles aspectos que julgamos mais relevantes para uma compreensão inicial, tais como alguns dos elementos objetivos e subjetivos do delito, seus possíveis sujeitos e o bem jurídico que tutela.

## Capítulo 2

### 2. Contrabando e descaminho

#### 2.1. Esquemas de agenciamento

Conforme a ordem de exposição seguida por VON LAMPE, o primeiro esquema de agenciamento (*bootlegging*) consiste em adquirir cigarros numa jurisdição onde os tributos são menores para revendê-los, em seguida, numa jurisdição onde os tributos são maiores. O importador paga os tributos na primeira jurisdição, mas não na segunda.

O segundo esquema (*large-scale smuggling*) caracteriza-se como o desvio da exportação, que possuía um destino estrangeiro determinado, mas foi importada ou encaminhada para outro destino que não o previsto. Assim, o “exportador” ou “importador” ilegal beneficia-se da não aplicação de impostos sobre bens destinados à exportação, que no Brasil consiste na não incidência do IPI sobre a exportação de bens industrializados, face à imunidade do artigo 153, § 3º, III da Constituição<sup>30</sup>.

Quanto ao quarto esquema, próximo daqueles dois primeiros, o autor reconhece que tem sido cada vez mais significativo, mas não o analisa sistematicamente. VON LAMPE enfatiza os esquemas de agenciamento que considera tradicionais, como o primeiro e o segundo. Sobre este quarto esquema, mais recente em sua opinião, apenas diz que consiste em produzir cigarros diretamente para mercado ilegal, o que exemplifica com o crescente comércio da marca “Jin Ling” na Europa Ocidental.

Pode-se concluir que o autor trata do contrabando de cigarros, porque aqui, diversamente do acontece nas duas primeiras situações, a importação desses cigarros é proibida porque não atende exigências prévias à tributação, como as contidas em normas sanitárias. Nesse caso, diversamente do que ocorre nos dois primeiros esquemas de agenciamento, sequer poderiam recair tributos, o que denota que eles sejam produzidas especialmente para serem comercializadas no mercado ilegal. Esta forma de agenciamento de cigarros para o mercado ilegal consiste na violação de uma proibição de importar determinados bens.

---

<sup>30</sup> Constituição Federal. Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: § 3º - O imposto previsto no inciso IV (produtos industrializados): III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.

No Brasil, os delitos de contrabando e descaminho estão previstos no artigo 334<sup>31</sup> do Código Penal, no Capítulo II – Dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública em geral – do Título XI – Dos crimes contra a Administração Pública –.

A atual definição foi consolidada pelo Código Penal de 1940, o Decreto-Lei n.º 2.848. Mas, segundo MAZUR, tais delitos sempre foram previstos em nosso ordenamento jurídico, desde o Brasil Colônia, nas Ordenações Afonsinas<sup>32</sup>. Ultrapassa nosso objeto analisar o desenvolvimento histórico da conceituação legal dos tipos em questão. Basta dizer que atual definição, que substituiu a do Código Penal anterior, indicou a distinção conceitual existente entre contrabando e descaminho e os manteve no mesmo dispositivo legal, como ressalta MAZUR<sup>33</sup>.

Conforme sintetiza CARVALHO, objetivamente contrabando é a exportação ou importação de mercadoria proibida; descaminho é a fraude, total ou parcial, dos encargos aduaneiros devidos<sup>34</sup>. Nesse sentido, o artigo 334 contém duas ações típicas distintas, mas ambas as situações relacionadas à importação e à exportação: no contrabando, de mercadoria proibida, e no descaminho, de mercadoria permitida.

Podem ser sujeitos dos crimes de contrabando e descaminho quaisquer pessoas: são crimes comuns. Porém, caso o agente seja funcionário público incide o tipo penal do artigo 318, crime próprio, cujos sujeitos possuem uma qualidade especial.

No que toca a proibição, CARVALHO explica que pode ser absoluta ou relativa. Será absoluta quando a lei inibir a importação/exportação do bem em razão de sua própria natureza, em quaisquer condições de tempo e forma, como no caso das drogas. Já a proibição relativa refere-se a determinadas condições de tempo e forma que devem ser observadas para que o trânsito internacional do bem seja lícito<sup>35</sup>.

Sobre esse ponto, diz BITTENCOURT:

---

<sup>31</sup> Código Penal. Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

<sup>32</sup> MAZUR, Bianca de Freitas. Os tipos de contrabando e descaminho como capítulo do Direito Penal: análise de seus aspectos, elementos e características, p. 41. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Paraná, Curitiba.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>34</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Crimes de Contrabando e Descaminho. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 3.

<sup>35</sup> Ibidem, loc. cit.



“A proibição de comercialização de determinada mercadoria, no caso, de importar ou exportar, pode ser absoluta ou relativa: a proibição absoluta, via de regra, leva em consideração a natureza da mercadoria ou sua finalidade específica, sendo absolutamente impedida a sua importação ou exportação; a *relativa*, por sua vez, poderia ser mais bem definida como ‘condicionada’, pois é submetida a determinados acontecimentos contingenciais ou à satisfação de certas condições e, normalmente, a proibição relativa é temporária, como ocorre, por exemplo, com a importação de veículos estrangeiros, para estimular a indústria nacional...”<sup>36</sup>

A jurisprudência tem aceitado tal distinção. Nesse sentido, MAZUR, aponta em seu trabalho o seguinte julgado da Corte Suprema:

“CRIME DE CONTRABANDO – Para que haja crime de contrabando é preciso que ocorra importação ou exportação de mercadoria proibida. Essa proibição pode ser absoluta ou relativa, sendo que é relativa quando a proibição cessa com a satisfação de determinadas condições. A obrigatoriedade de "autorização para exportação" expedida pelo Ministério da Agricultura, sem a qual a CACEX não poderia dar a licença para a exportação de sementes de soja ainda quando o pedido estivesse acompanhado de certificado fitossanitário, caracteriza a proibição relativa que dá margem à ocorrência do crime de contrabando quando – como sucedeu na espécie – não é ela afastada pela satisfação dessas condições. Habeas corpus indeferido.”<sup>37</sup>

CARVALHO conclui que, em regra, as proibições absolutas constam em outros diplomas, como é o citado caso das drogas, regulado pela Lei 11.343/2006<sup>38</sup>. Assim, restam para o artigo 334 do Código Penal apenas os casos de proibições relativas<sup>39</sup>. Para verificar a proibição de determinado bem será necessário recorrer à legislação acessória

---

<sup>36</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte especial. Vol. 5. Dos crimes praticados contra a Administração Pública e dos crimes praticados por prefeitos (Lei n.º 10.028/2000). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 215.

<sup>37</sup> STF, HC 69.754-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 12.03.1993.

<sup>38</sup> Em MAZUR, Bianca de Freitas, op. cit., p. 48, são listados como exemplo de proibições absolutas os artigos 234, referente à importação, exportação e comércio de escrito ou objeto obsceno e 289, § 1º, que se refere à importação ou exportação de moeda falsa.

<sup>39</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op.cit, p. 12 – 13.

e, eventualmente, a atos administrativos, o que torna o tipo de contrabando uma norma penal em branco.

O tipo subjetivo no contrabando corresponde ao dolo, consistente na “vontade livre e consciente (...) de importar mercadoria proibida”, sendo imprescindível que “o agente saiba que se trata de mercadoria proibida”, pois “quem pensa não ser proibida a mercadoria que importa ou exporta, sobre errar acerca de elemento essencial do tipo, não tem consciência da ilicitude do fato e sem isso não há dolo” <sup>40</sup>. Com isso concorda BITTENCOURT, que esclarece:

“No crime de *contrabando*, se o agente ignora que se trata de ‘mercadoria proibida’, *erra* sobre um elemento constitutivo do tipo que, por isso mesmo, não é abrangido completamente pelo dolo; logo, incorre em *erro de tipo*, que exclui o *dolo*, e, como não há previsão de *modalidade culposa* para o crime de contrabando, o fato torna-se *atípico*”. <sup>41</sup>

Entretanto, para CARVALHO, o desconhecimento da qualidade de proibida que eventualmente recaia sobre determinada mercadoria, apenas converte o fato no delito de descaminho se o agente pretendia iludir o fisco aduaneiro, pelo que será punido com as mesmas penas. Diz a autora:

“O sujeito ativo do crime de contrabando estava, apenas, querendo iludir pagamento do tributo, ignorando a qualidade de proibida – quanto ao tempo ou quanto à forma – da mercadoria que importara. Embora o tratamento dado ao erro – teoria limitada da culpabilidade – pela Lei n.º 7.209/84 (Nova Parte Geral do CP), o erro aí, versando sobre a qualidade de proibida da mercadoria, possa, à primeira vista, ser classificado como erro sobre elementos constitutivo do tipo legal – art. 20 do Código Penal – escusável, portanto, ao infrator, no caso em tela, aplicar-se-á, inevitavelmente, a sanção do art. 334, não importa se, visando ao descaminho, incorreu na prática do contrabando relativo. Isso porque, enquadradas em um mesmo tipo penal as duas modalidades, a distinção entre contrabando relativo e descaminho resta como filigrana doutrinária. Na realidade o que acontece é que o sujeito ativo quer importar ou exportar fraudulentamente

---

<sup>40</sup> MAZUR, Bianca de Freitas, op. cit., p. 61.

<sup>41</sup> BITTENCOURT, op. cit., p. 229.

a mercadoria, seja ela sujeita a tributos ou de importação ou exportação suspensas. Age, pois, com consciência da ilicitude do fato e o desconhecimento da proibição, se existente, não se traduz em um erro essencial, capaz de afastar o dolo, frente ao tipo legal.”<sup>42</sup>

Discordamos da opinião da autora, pois o descaminho é a importação/exportação de mercadoria permitida, sendo inadmissível que alguém seja punido nesses termos por ter introduzido mercadoria proibida, a não ser que houvesse previsão de modalidade culposa para o contrabando. Concordamos com BITTENCOURT, para quem inexistindo o dolo de contrabando, por erro de tipo, o fato é atípico, e não conversível em descaminho.

O descaminho, por sua vez, objetivamente consiste em evitar o pagamento de parte ou de todos os tributos devidos pela entrada ou saída do país de mercadoria permitida, diferenciando-se radicalmente do contrabando, conforme CAVALHO.

“Enquanto o descaminho, fraude ao pagamento dos tributos aduaneiros é, *grosso modo*, crime de sonegação fiscal, ilícito de natureza tributária, pois atenta imediatamente contra o erário público, o contrabando propriamente dito, a exportação ou importação de mercadoria proibida, não se enquadra entre os delitos de natureza tributária. Estes, precedidos de uma relação fisco-contribuinte, fazem consistir, o ato de infrator, em ofensa ao direito estatal de arrecadar tributos. Em resumo, o preceito contido nas normas tipificadoras dos delitos fiscais acha-se assentado sobre uma relação fisco-contribuinte, tutelando interesses do erário público e propondo-se, com as sanções respectivas, a impedir a violação de obrigações concernentes ao pagamento dos tributos. Já o preceito inerente à norma tipificadora do contrabando visa proteger outros bens jurídicos, que, embora possam configurar interesses econômico-estatais, não se traduzem em interesses fiscais. Inexiste uma relação fisco-contribuinte entre o Estado e o autor do contrabando. Proibida a exportação ou importação de determinada mercadoria, o seu ingresso ou a sua saída das fronteiras nacionais configura um fato ilícito e não um fato gerador de tributos.”<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., p. 13.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 4.

ALBUQUERQUE distingue-os nos seguintes termos:

“1º) É que, no primeiro caso, no dizer de Pereira de Souza, no seu “Esboço de um dicionário jurídico” o contrabando é o comércio que se faz em contravenção da lei proibitiva;

2º) No segundo, o descaminho, como definiu Viveiros de Castro, é todo e qualquer ato fraudulento que tenha por fim evitar, no todo ou em parte, pagamento dos direitos, impostos estabelecidos sobre a entrada, a saída, a fabricação ou consumo de mercadorias. A definição de Viveiros de Castro está apoiada no próprio texto da lei penal. Poderá dizer-se que o contrabando constitui também um ato fraudulento que tenha por fim evitar, no todo ou em parte, o pagamento dos direitos aduaneiros; e daí, como consequência, abranger, ele, o descaminho, como acima já fizemos notar de natureza distinta. Este tem natureza tributária, pois visa tutelar o erário público.”<sup>44</sup>

No descaminho, portanto, o sujeito da importação/exportação da mercadoria permitida situa-se na posição de contribuinte que pretende iludir o fisco aduaneiro por meio de um ato fraudulento<sup>45</sup>. Segundo NOGUEIRA, a fraude pode ser conceituada nos seguintes termos:

“... toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador de obrigação tributária principal, ou a

---

<sup>44</sup> ALBUQUERQUE NASCIMENTO, Contrabando em Face da Lei. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1960, p. 134.

<sup>45</sup> BITTENCOURT (BITTENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 216), no entanto, aponta que a simples introdução da mercadoria no território nacional, sem o pagamento dos tributos, independentemente de fraude, configura o crime de descaminho. Diz que tem “certa resistência em admitir – em respeito ao princípio da tipicidade estrita – a expressão ‘fraude’ ou ‘fraudulenta’ na definição do crime de *descaminho*, porque o legislador brasileiro é claro, quando quer, usando literalmente a expressão *fraude* ou *fraudulenta* (artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento), ao contrário do que faz na *tipificação* do descaminho, referindo-se somente a ‘iludir’ o pagamento”. Para este autor, pode haver a simples omissão do agente no delito de descaminho, que “indagado pelo agente alfandegário, se traz consigo objeto ou mercadoria tributável, finge que não entendeu, deixa de responder ou simplesmente não toma a iniciativa de expor sua mercadoria tributável”. BITTENCOURT entende que só forçando um pouco o sentido da expressão “meio fraudulento” é que se pode admiti-la mesmo nesses casos de simples omissão. Diversamente, quando há uma ação comissiva, certamente há o emprego de um meio fraudulento. Em todo caso, completa ele, “há, pois, uma configuração nítida do propósito de não efetuar o pagamento do tributo alfandegário”, perfazendo-se o dolo.

excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido ou evitar ou diferir o seu pagamento”<sup>46</sup>.

O descaminho é, portanto, uma fraude tributária, afinal o ingresso de mercadoria lícita configura um fato gerador, pelo qual é devido o pagamento de tributos, como taxas e impostos, que deverão ser verificados na legislação aduaneira, motivo pelo qual também o tipo de descaminho é uma norma penal em branco.

A diferença entre o descaminho e os demais delitos fiscais explica-se pelo princípio da especialidade. Nesse sentido, para MAZUR, a “explicação reside no fato de que, enquanto os tipos penais previstos no artigo 1º da Lei nº. 8.137/90 (crimes tributários) referem-se à ilusão de qualquer tributo, o tipo penal do descaminho refere-se, especificamente, ao tributo de importação ou exportação, sendo, assim, específico em relação àqueles”<sup>47</sup>. Além disso, conforme CARVALHO:

“enquanto os outros delitos contra o fisco são tipificados à medida que os governantes preocupam-se mais em intervir no domínio econômico, seja para a melhor distribuição e aplicação das rendas comunitárias, seja para um eficaz desempenho da economia, o descaminho é antecipadamente visto como ofensa à soberania estatal, como entrave à autodeterminação do Estado, com obstáculo à segurança nacional em seu mais amplo sentido.”<sup>48</sup>

Para configuração de um crime fiscal, como é o descaminho, exige-se que o pagamento do tributo tenha sido dolosamente evitado. O elemento subjetivo dos crimes fiscais, consistente na vontade de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de tributo devido, é o que os distingue em absoluto dos meros ilícitos administrativos fiscais. Segundo MAZUR:

“A diferença reside, primordialmente, no elemento subjetivo, na culpabilidade do agente, de forma que, para a configuração do crime, deve-se perquirir o dolo; ao passo que para a caracterização de infração fiscal, basta o resultado.

---

<sup>46</sup> NOGUEIRA, Rui Barbosa. Curso de Direito Tributário, 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 215.

<sup>47</sup> MAZUR, Bianca de Freitas, op. cit., p. 121.

<sup>48</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., p. 4-5.

A infração fiscal, portanto, tem caráter meramente formal, configurando-se com a objetividade do fato (a ocorrência de prejuízo ao Fisco). Traz como resposta ao ilícito causado algumas sanções, consistentes basicamente na perda das mercadorias e multa. Aludidas sanções, justamente por não se tratar o ato praticado de ‘crime’ propriamente dito, são aplicadas mesmo a quem não é o autor material do fato. Como diz Márcia Dometila Lima de CARVALHO, ‘a responsabilidade é puramente formal, não se admitindo escusa baseada em boa fé, em erro próprio ou de terceiro, ou mesmo na falta de qualquer intenção de lesar o Fisco’.”<sup>49</sup>

MAZUR aponta na jurisprudência nacional alguns julgados para demonstrar que os Tribunais brasileiros têm exigido o dolo específico para configuração do descaminho<sup>50</sup>.

Não basta, portanto, a existência do dolo genérico. É necessário que o agente pretenda lesar o fisco, praticando atos fraudulentos para iludi-lo, ainda que por meio de uma conduta omissiva<sup>51</sup>. Destacam-se os seguintes julgados, colhidos por aquela autora:

“Sem o ânimo de lesar o fisco, não se tem como configurado o crime de descaminho, tanto mais quando cobrados pelo menos em parte os direitos relativos às mercadorias trazidas do estrangeiro.”<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> MAZUR, Bianca de Freitas, op. cit., p. 123. Refere-se a CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., p. 34. A título de alerta, ressalve-se que, contrariamente ao que afirma a autora no primeiro parágrafo desta citação, atualmente não é justo situar o dolo na culpabilidade do agente, mas sim na tipicidade do fato, conforme a melhor doutrina em Direito Penal.

<sup>50</sup> Conforme COSTA JR. Paulo José da. Direito Penal: curso completo. 7º Edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 84, “O dolo será *genérico* quando o agente deseja apenas o fato descrito na norma penal. (...) Entretanto, por vezes o tipo penal inclui como elemento do crime determinado fim ou escopo. Estaremos, então, no campo do dolo específico. (...) O dolo *específico* pode ser considerado como a vontade excedente, que se aglutina no dolo genérico de base. (...) No crime de extorsão (art. 158), não basta o constrangimento: faz-se mister, para a realização do tipo, o intuito de obter vantagem econômica indevida. Essa tendência ulterior, que vai além do constrangimento, configura o dolo específico, que integra o crime de extorsão”. Confronte-se com DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 15, segundo quem “Uma parte da doutrina ainda admite a divisão estabelecida pela doutrina clássica em dolo *genérico* e dolo *específico*. O dolo seria genérico quando o agente se limita a realizar um fato proibido (ou a se omitir de uma ação esperada), querendo o resultado como expressão de sua vontade ou assumindo o risco de sua ocorrência; e seria específico quando revelasse uma particular direção de conduta ou fim especial. Ferri já denunciava o equívoco dessa classificação em termos irreduzíveis, esclarecendo que o dolo específico (consistindo no *fim* proposto pelo delinqüente) é, em cada crime, inseparável do dolo genérico (consistindo na intenção e na vontade), porque ninguém (exceto nos casos de ação inconsciente) age sem um escopo a conseguir, isto é, sem um motivo determinado”. Neste trabalho, optamos por adotar a divisão entre dolo específico e dolo genérico apenas por uma questão de didática da exposição.

<sup>51</sup> Ver nota de rodapé n.º 42.

“Recurso de habeas corpus. Acusação de descaminho. Apreensão de bagagem depois de normalmente liberada pela fiscalização alfandegária. Fraude alegada que não se configura, pois em nenhum momento se caracterizou o dolo. Flagrante preparado, sem qualquer indício de que tenha sido iludido o pagamento dos tributos de impostos acaso incidentes na liberação da mercadoria de ingresso não proibido no País. Recurso provido para trancar a ação penal.”<sup>53</sup>

“PENAL: DESCAMINHO. AUSÊNCIA DE DOLO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MERCADORIAS DE REDUZIDO VALOR.

1 - Mercadorias de pequeno valor excluem o dolo específico necessário à caracterização do delito previsto no artigo 334, caput, do CP. 2 - Recurso Provido.”<sup>54</sup>

DELMANTO concorda com a opinião de que só há descaminho se o agente pretende lesar o fisco<sup>55</sup>.

“Não obstante a ressalva prevista no art. 508 do Decreto nº 91.030/85 (Regulamento Aduaneiro), no sentido de que a imposição de penalidade fiscal não prejudica ‘a aplicação das penas cominadas para o mesmo fato pela legislação criminal e especial’, entendemos não haver dolo de fraudar o fisco, naquelas situações em que o agente – não procurando desviar-se das barreiras alfandegárias e tampouco se utilizando de fraude para diminuir o valor dos bens adquiridos no exterior (p. ex.: notas ideologicamente falsas) – não se dirige espontaneamente à autoridade aduaneira para declarar o excesso da cota de isenção sobre a aquisição de bens no estrangeiro que componham a sua bagagem – ou seja, “o conjunto de bens de viajante que, pela quantidade ou qualidade, não revele destinação comercial” (art. 228, § 1º, do referido Decreto). Nessas hipóteses, em que a singela fiscalização das autoridades aduaneiras constataria o

---

<sup>52</sup> TFR, AP 4.094, 2ª Turma, Rel. Min. Aldir G. Passarinho, j. 09.06.81, RF 275/285.

<sup>53</sup> STF, RHC 66.980-8, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 22.11.88, DJU 10.03.89.

<sup>54</sup> TRF-3ª Região, ACR 94.03.081989-8-MS, 2ª Turma, Rel. Juiz Arice Amaral, j. 20.05.97, DJ 04.06.97, p. 40.563.

<sup>55</sup> DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado, 5ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 599.

excesso, mesmo que o agente não tenha trazido recibos das suas compras, haverá somente ilícito fiscal.”

Feita análise dos principais elementos objetivos e subjetivos dos crimes de contrabando e descaminho constantes no *caput* do artigo 334, resta considerar as demais prescrições desse mesmo artigo, exceto a do § 1º, *a* e a do § 3º <sup>56</sup>. Os crimes do §§ 1º e 2º definem a criminalização do mercado ilegal de cigarro em seu nível de distribuição.

No § 1º, *b*, do artigo 334, o Código Penal autoriza a lei a equiparar outros fatos ao crime de contrabando ou descaminho<sup>57</sup>. Sobre isso observa BITTENCOURT:

“A concepção de fato *assimilado* a ‘contrabando ou descaminho’ não se confunde com o seu sentido vernacular, simplesmente, mas se refere a fatos que *juridicamente* são tratados similarmente a contrabando ou descaminho. Regis Prado enfatiza esse aspecto, em outros termos, com irreparável precisão: ‘o alcance normativo refere-se a outros fatos que normas especiais equiparam a contrabando’” <sup>58</sup>

Tem-se como exemplo o Decreto-Lei n.º 288/67, relativo a mercadorias saídas de Zona Franca, bem como os fatos previstos na Lei n.º 4.907/65, sobre o uso de cofres de carga nos transportes de mercadorias.

Neste trabalho, será relevante a análise da equiparação feita pelo Decreto-Lei n.º 399/98, que no artigo 3º equipara aos fatos do artigo 334 do Código Penal modalidades do comércio de cigarros, charutos ou fumo estrangeiro feitas em desacordo com normas editadas pelo Ministro da Fazenda.

---

<sup>56</sup> O § 3º diz respeito a uma majorante dos crimes de contrabando e descaminho, dobrando a pena aplicada, em razão de o crime ter sido cometido por meio de transporte aéreo. Segundo REGIS PRADO, Luis. Comentários ao Código Penal, 4ª Edição. São Paulo: Edital Revista dos Tribunais, 2007, p. 940, “Essa majorante limita-se aos delitos perpetrados em aeronaves clandestinas, já que os vôos regulares, de carreira, não são incluídos aqui, posto serem objeto de fiscalização alfandegária permanente”. O § 1º, *a*, por sua vez, contém um fato equiparado a contrabando e descaminho (“prática navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei”) consistente num crime cuja prática pode assemelhar-se ao “contrabando-quase descaminho”, hipótese de agenciamento de cigarros para o mercado ilegal, conforme veremos logo adiante. Em todo caso, não analisaremos tal hipótese, dada que não é empiricamente freqüente e que seu estudo não acrescentaria nada relevante a conceituação teórica que está sendo desenvolvida.

<sup>57</sup> Código Penal. Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos; § 1º Incorre na mesma pena quem: (...) b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;

<sup>58</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto, op.cit., p. 217.



O § 1º, *c* e *d*, combinado com o § 2º antecipam, já no Código, uma equiparação a contrabando e descaminho, assimilando juridicamente a esses delitos outros fatos que serão abordados a seguir, quando forem analisadas as hipóteses de criminalização do mercado ilegal de cigarros no nível dos atos de distribuição.

Todas as distinções entre contrabando e descaminho que apresentamos sugerem que tais delitos possuem naturezas jurídicas distintas, na medida em que tutelam diferentes bens jurídicos.

BITTENCOURT entende que o principal bem jurídico tutelado, tanto no descaminho como no contrabando, é o erário público. Diz o autor:

“O bem jurídico tutelado específico, no entanto – a despeito de todos os fundamentos que se tem tido procurado atribuir à criminalização do *contrabando* ou *descaminho* –, é, acima de tudo, a salvaguarda dos interesses do *erário público*, diretamente atingido pela evasão de renda resultante das operações *clandestinas* ou *fraudulentas*. Num plano secundário, não se pode negar, visa-se também proteger a moralidade pública com a repressão de importação e exportação de mercadoria proibida, que podem, inclusive, produzir lesão à saúde pública, à higiene etc. e não deixa de proteger igualmente a indústria e a economia nacionais com um todo, com o fortalecimento de barreiras alfandegárias.”<sup>59</sup>

O autor afirma que o “contrabando (além de poder lesar o erário público, caso de proibição relativa, v. g.) pode ofender a saúde, a moral, a higiene e até a indústria nacional”<sup>60</sup>.

A rigor, o contrabando, mesmo em caso de proibição relativa, não poderá lesar o fisco aduaneiro, pois o que o define, em todo caso, é a proibição da mercadoria importada/exportada, sendo em razão disso inexigíveis os tributos devidos pela sua entrada ou saída do território nacional. Mas esclarece MAZUR que, para parte da doutrina, incluindo BITTENCOURT, haveria dano exclusivamente ao erário no delito de contrabando quando a proibição de importar/exportar determinada mercadoria, sendo relativa, dissesse respeito unicamente ao tempo<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto, op.cit., p. 214.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 215.

<sup>61</sup> MAZUR, Bianca de Freitas, op. cit., p. 163, nota de rodapé n.º 418.

Este entendimento, segundo o qual esta modalidade de contrabando lesa apenas o fisco aduaneiro, permitiria aplicar a ela o princípio da insignificância, bem como a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos devidos, mecanismos que constituem, grossamente, um benefício para o agente que causa um dano unicamente patrimonial – contra o fisco, no caso –. Pode-se entender que não há razão para excluir a aplicação de tais benefícios se, uma vez cessada a proibição, os tributos seriam exigidos.

MAZUR afirma que alguns autores, tal qual CARVALHO, insurgiram-se contra este entendimento, pois mesmo nesse caso o dano não seria exclusivamente patrimonial<sup>62</sup>, já que uma proibição temporária pode visar à proteção da indústria nacional, como a proibição de importar automóveis que vigorou no Brasil.

Noutra esteira, porém, note-se que na prática os tributos não são exigidos, e assim não faria sentido aplicar aqueles mecanismos. Do mesmo modo, se nada é devido ao fisco, não há qualquer dano ao erário.

A par dessa questão, o delito de contrabando em regra é pluriofensivo, consoante a MAZUR, já que visa à tutela de distintos bens jurídicos<sup>63</sup>.

Diz BITTENCOURT, que “o *descaminho*, por sua vez, é, fundamentalmente, um *ilícito de natureza fiscal*, lesando somente o erário público – particularmente a *adua nacional* –, constituindo, numa linguagem não técnica, um ‘contrabando contra o fisco’”<sup>64</sup>. Concorde, portanto, com as definições anteriores sustentadas especialmente por CARVALHO e MAZUR, que acrescenta:

“A legislação reuniu, assim, no mesmo artigo penal, um crime que caracteriza sonegação fiscal e outro que vai de encontro a interesses econômico-estatais. De qualquer forma, a Administração Pública aparece como sendo o principal bem jurídico tutelado por esses crimes, especialmente sua moralidade e probidade administrativa.”<sup>65</sup>

Em suma, os autores elencam como bem jurídico no descaminho o erário nacional, particularmente a aduana nacional, o que pode ser entendido, sinteticamente, como o fisco aduaneiro. Como ilícito penal fiscal que é, o descaminho ofende o mesmo bem jurídico lesado nos demais crimes fiscais, como a especificidade de referir-se a

---

<sup>62</sup> Ibidem, loc. cit. A autora nos remete à CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., p. 57-58.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>64</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto, op.cit., p. 214-215.

<sup>65</sup> MAZUR, Bianca de Freitas, op. cit., p. 53.

aduana ou alfândega<sup>66</sup>. Nessa esteira, pode ser definido, ainda, como arrecadação tributária aduaneira, acrescentando esta última expressão à “arrecadação tributária”, que SALOMÃO postula como o bem jurídico protegido nos crimes fiscais. Diz ela:

*“A arrecadação tributária, porém, entendida como instrumento de formação de receita pública e de consecução e implemento das metas socioeconômicas definidas na Constituição através da percepção dos tributos instituídos e cobrados em conformidade com as normas e valores constitucionais, representa um valor superindividual, com relevância constitucional e indiretamente reconduzível à pessoa humana, apto, portanto, a ser tutelado com o emprego da sanção penal, ou seja, sob o ângulo do merecimento da pena.*

A identificação do bem jurídico-penal, no seio do sistema constitucional tributário, como sendo a *arrecadação tributária*, é capaz de captar as potencialidades estáticas e dinâmicas do valor atribuído constitucionalmente àquele sistema. Potencialidades estáticas concernentes à proteção de parcela do patrimônio público, representada pela receita tributária, cuja destinação socioeconômica já foi identificada. Potencialidades dinâmicas que se remetem à incidência extrafiscal da exação tributária, igualmente orientada ao alcance das metas socioeconômicas do Estado de Direito, Democrático e Social delineado na Constituição.”<sup>67</sup>

Por incluir na definição do bem jurídico dos crimes fiscais sua relação com o ordenamento constitucional, sua formulação não só é mais abrangente, como explicita a ligação entre o bem jurídico em questão e a proteção da dignidade da pessoa humana, identificando um fundamento último para os crimes fiscais como o descaminho.

Parte da doutrina, crítica da reunião dos dois tipos penais em um mesmo dispositivo legal e com base no fato de que aqueles delitos possuem naturezas diversas, já propôs sua separação em dispositivos distintos, num momento em que se pretendia

---

<sup>66</sup> Conforme Deocleciano Torrieri Guimarães, em Dicionário Técnico Jurídico. São Paulo: Rideel, p. 60, alfândega é o “mesmo que *aduana*. Repartição fiscal federal, onde são vistoriadas, registradas, despachadas ou desembaraçadas, mercadorias importadas ou exportadas, para cobrança de direitos ou impostos. Também são vistoriadas bagagens e pertences de pessoas que entram e saem do país. A Alfândega é *marítima* ou *fluvial*, se está situada em porto de mar ou de rio; *seca* ou *terrestre*, se fica em ponto de trânsito terrestre”.

<sup>67</sup> SALOMÃO, Heloisa Estellita. A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 188.

reformular o Código Penal no início dos noventa<sup>68</sup>. A ARAÚJO JR., que presidia a Subcomissão, coube elaborar o Título dos Crimes contra a Ordem Econômica. Naquela oportunidade, o autor incluía o descaminho no Capítulo que tratava dos crimes fiscais, relativamente aos quais estabeleceu “uma fórmula geral, capaz de abarcar todas as situações em que possa ocorrer a sonegação, nela incluindo o descaminho...”<sup>69</sup>. Sobre esta reunião, CARVALHO tem opinião diversa e favorável.

CARVALHO expõe que a unificação de duas realidades distintas em um mesmo tipo penal é louvável, pois há casos em que a fronteira entre ambos não é rígida. É o que ocorre quando a proibição de importar ou exportar determinada mercadoria é apenas relativa, como nos casos de suspensão temporária da permissão de importar, ainda que por tempo indeterminado<sup>70</sup>.

É certo que a reunião ou não, em um mesmo dispositivo legal de dois tipos penais diversos não prejudica em nada, *a priori*, a distinção conceitual concretamente existente de ambos<sup>71</sup>. Não nos parece, entretanto, ser mera “filigrana doutrinária” as distinções entre o contrabando e o descaminho, uma que vez que são muito relevantes para aplicação da lei penal ao caso concreto. O descaminho, por exemplo, com frequência admite a aplicação do princípio da bagatela ou insignificância, o que raramente ocorre em relação ao contrabando. O descaminho pode admitir, ainda, a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos, se feita antes do oferecimento da denúncia.

Não se inclui nas finalidades deste trabalho analisar exaustivamente a aplicação de tais mecanismos, mas pretendemos explicá-la sumariamente, dada a relevância de ambas como hipóteses de descriminalização, freqüentemente verificáveis no descaminho.

Segundo DOTTI<sup>72</sup>, o princípio da insignificância deriva como corolário lógico do princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Segundo este princípio, a intervenção penal é a *ultima ratio*, e só se justifica quando o ilícito não possa ser

---

<sup>68</sup> Trata-se do Anteprojeto de reforma da Parte Especial do Código Penal, elabora em 1994.

<sup>69</sup> ARAÚJO JR, João Marcello de. Dos crimes contra a ordem econômica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 157.

<sup>70</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., p. 12.

<sup>71</sup> “Constata-se que o descaminho, a despeito de implicar, direta e simultaneamente, ‘sonegação’ automática de inúmeros impostos, é tipificado e classificado como *crime contra a Administração Pública*, por opção político-crimal do legislador, e não como *crime contra a ordem tributária*, que, tecnicamente, não constituiria nenhum disparate se houvesse opção legislativa em atribuir-lhe essa natureza”. BITTENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 224.

<sup>72</sup> DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 68.

“eficazmente combatido pela sanção civil ou administrativa”. Mas aquele autor aponta que este princípio está dirigido ao legislador, para estimulá-lo a “reduzir o número de normas incriminadoras”. Já o princípio da insignificância “se dirige ao juiz do caso concreto, quando o dano ou perigo são irrisórios. No caso do primeiro princípio, “é aplicada uma sanção extrapenal; no segundo caso, a ínfima afetação do bem jurídico dispensa qualquer tipo de punição”.

Conforme CIRINO DOS SANTOS, o princípio da insignificância tem sua expressão positiva no princípio da lesividade, que “proíbe a cominação, a aplicação e a execução de *penas e medidas de segurança* em hipóteses de lesões *irrelevantes*, consumadas ou tentadas, contra **bens jurídicos** protegidos em tipos legais de crime”, pois “lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos, como a integridade ou saúde corporal, a honra, a liberdade, a propriedade, a sexualidade etc., não constituem crime”<sup>73</sup>.

MAZUR afirma que tem sido pacífica a adoção do princípio da insignificância pelos Tribunais e, muito didaticamente, expõe como ocorre sua aplicação ao descaminho:

“Nesses termos, para a valoração do resultado é imprescindível aferir-se o montante exato devido ao Fisco, analisando-se a alíquota incidente no caso concreto.

Dessa forma, ainda que a conduta perpetrada por um determinado sujeito amolde-se formalmente à descrição contida no artigo 334 do Código Penal, não será materialmente típica nos casos em que a incidência da alíquota corresponda a um valor mínimo iludido, eis que, nesse caso, o dano social é irrelevante, não justificando a incidência do Direito Penal.”<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal. Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 25.

<sup>74</sup> MAZUR, Bianca de Freitas. Op. cit., p. 98. A autora ressalva, na p. 110, que “recentemente, os Tribunais têm considerado também um critério subjetivo para o reconhecimento da aplicação ou não do princípio da insignificância, entendendo que a habitualidade na prática delitosa afastaria a aplicação daquele princípio, sob pena de se incentivar a impunidade...”. Não interessa a este trabalho discutir se aplicação do princípio da insignificância obedece ou não apenas a critérios objetivos, mas nos parece esta a posição mais sensata. Dito de um modo grosseiro, não é possível aferir a habitualidade da conduta quando as anteriores são objetivamente ínfimas, pois por cada lesão irrelevante o agente deverá ser absolvido, constituindo verdadeira presunção de culpa computar, para efeitos de habitualidade, fatos pelos quais o réu não foi condenado. Tampouco parece correto argüir, para afastar a aplicação da insignificância, o envolvimento do agente com o “crime organizado”. Alguma conduta ligada a “crime organizado” pode, eventualmente, afetar um bem jurídico penal de modo relevante. Mas, em todo caso, deve-se aplicar o princípio em relação ao fato que causou lesão insignificante, e não a bem jurídico objetivamente diverso daquele.

Para definir o *quantum* desse valor ínfimo no caso do descaminho, conforme MAZUR, recorre-se a normas fiscais que estabelecem o valor mínimo para propositura da execução fiscal ou para inscrição em dívida ativa da União.

“Nesses termos, se, administrativamente, não existe interesse, por parte do Estado, Administração Pública, em arrecadar o valor correspondente ao tributo devido, menos interesse haverá em punir penalmente o agente pela prática de tal conduta, considerando-se um Direito Penal fragmentário e subsidiário, como *ultima ratio*, que apenas deve intervir quando as outras esferas não forem suficientes à reprimenda exigida.”<sup>75</sup>

BITTENCOURT ressalva que, para a aplicação do princípio da insignificância, deve-se considerar “o tratamento tributário aplicado a bagagem, cujos bens por este conceito abrangidos não estão sujeitos à incidência de impostos (Imposto de Importação e Imposto sobre Produtos Industrializados). Portanto, é atípica a introdução de mercadorias estrangeiras em quantidade ou qualidade submetidas ao limite de isenção tributária<sup>76</sup> fixado pelo regulamento fazendário específico”<sup>77</sup>. Do mesmo modo, conforme aduz em seguida o autor, o valor correspondente ao limite de isenção tributária deve ser descontado do cálculo dos tributos devidos para aplicação do princípio da insignificância.

O delito de contrabando também admite a aplicação do princípio da insignificância, apesar de isso acontecer em menor escala, provavelmente em razão de sua aferição não se dar por critérios econômicos ou monetários<sup>78</sup>.

Já a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos, efetuado antes do recebimento da denúncia, seria, por sua vez, aplicável somente ao delito de descaminho, já que não se exigem tributos de mercadorias proibidas, cuja importação/exportação configura o contrabando. Junto à aplicação do princípio da insignificância, constitui esta mais uma hipótese de descriminalização do descaminho.

---

<sup>75</sup> MAZUR, Bianca de Freitas, op. cit., p. 98-99.

<sup>76</sup> A isenção tributária, segundo o artigo 175 do CTN exclui o crédito tributário. A doutrina ensina que sua principal distinção em relação às imunidades tributárias consiste em que estas últimas estão previstas na Constituição e que não cabe ao legislador infraconstitucional dispor sobre elas, criando novas ou revogando as antigas, o que é possível em relação às isenções.

<sup>77</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 232.

<sup>78</sup> MAZUR, Bianca de Freitas, op. cit., p. 110.

Segundo MAZUR, “as causas de extinção de punibilidade previstas para as infrações fiscais têm a mesma natureza jurídica que a desistência voluntária” porque se fundamentam “na reparação do dano” e acarretam a “exclusão da pena” <sup>79</sup>.

A autora ressalva que a aplicação dessa hipótese, “ao contrário do princípio da insignificância, cuja aceitação, conforme se expôs na seção anterior, já se mostra pacífica pelos tribunais pátrios, ainda gera muitas controvérsias, não existindo uma posição pacífica na jurisprudência” <sup>80</sup>.

Nesse sentido, BITTENCOURT observa que “atualmente, o entendimento jurisprudencial tem sido francamente desfavorável à aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/95 ao crime de *descaminho*, ressalvado uma ou outra decisão isolada” <sup>81</sup>. Segundo este entendimento majoritário, o referido artigo 34<sup>82</sup> aplica-se tão somente aos diplomas legais a que se refere. Neste ponto, MAZUR acrescenta:

“O artigo 34 da Lei n° 9.249/95, consoante se vê, restringiu a extinção da punibilidade tão-somente aos crimes previstos nas Leis n° 8.137/90 e n.° 4.729/65, não incluindo o crime de *descaminho*. Muitos, amparados no princípio da igualdade e na estrutura normativa do tipo de *descaminho*, postularam a concessão da figura da extinção da punibilidade, a qual, no entanto, restou rechaçada pelos tribunais...” <sup>83</sup>

BITTENCOURT relata que outro dos argumentos apresentados pelos reiterados julgados para não se aplicar ao *descaminho* a extinção da punibilidade pelo pagamento

---

<sup>79</sup> Ibidem, p. 158. Logo antes, à p. 157, a autora, criticamente, havia observado o seguinte a respeito desta “nova” causa de extinção da punibilidade: “Fundamenta-se, assim, a extinção da punibilidade na figura da desistência voluntária, atentando-se ao fato de que nesta a impunidade encontra-se assente em critérios jurídico-penais, ao passo que, na fundamentação daquela, prevalecem interesses extrapenais. De qualquer forma, os interesses extrapenais – dos quais se destaca no caso em estudo aqueles de política fiscal – presentes nas novas causas de extinção da punibilidade deveriam ser compatíveis com os critérios jurídico-penais, quais sejam, a voluntariedade e a reparação atreladas aos fins da pena, o que não se verifica, uma vez que foram elas instituídas, unicamente, com o objetivo de conferir maior arrecadação aos cofres públicos”. A autora qualifica a referida causa de extinção da punibilidade como “nova”, pois se comparada àquelas do artigo 107 do Código Penal apresenta as seguintes diferenças: (1°) atuam em setores onde só recentemente ingressou o Direito Penal e (2°) exigem do agente um comportamento posterior e reparador do dano causado (vide p. 156 da referida obra).

<sup>80</sup> Ibidem p. 115.

<sup>81</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 227. O autor cita na p. 227 em nota de rodapé, alguns julgados ilustrativos da controvérsia.

<sup>82</sup> Lei n° 9.249/95. Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n° 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

<sup>83</sup> MAZUR, Bianca de Freitas. op. cit., p. 169.

dos tributos consiste em dizer que este delito tutela bem jurídico diverso daquele protegido pela Lei 9.249/95, em relação aos quais se admite a extinção da punibilidade nos termos do artigo 34. A isso rebate o autor dizendo que a tutela do sistema tributário também está inserida na tutela de outros bens jurídicos, a exemplo da administração pública no caso do descaminho (art. 334) e da sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A), ou do patrimônio no caso da apropriação indébita previdenciária (art. 168-A). Além disso, o descaminho consiste, “ainda que *latu sensu*”, em “crime de sonegação fiscal”.

“... como o crime de *descaminho* viola, de modo geral, o sistema *tributário nacional*, não há razão alguma, voltamos a repetir, para impedir a aplicação analógica do art. 34 da Lei n.º 9.249/95, como forma de restabelecer o *princípio da isonomia* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito), assegurando-se a aplicação do disposto no art. 34 da Lei n. 9.249/95 a todos os crimes fiscais, inclusive o descaminho.”<sup>84</sup>

Os Tribunais, contrariamente, têm recepcionado o pagamento dos tributos apenas como hipótese de arrependimento posterior, que nos termos do artigo 16 do Código Penal, reduz à pena, mas não extingue a punibilidade<sup>85</sup>.

Não obstante o pagamento dos tributos não extinguir a punibilidade no descaminho, se ele for possível e ocorrer durante o processo administrativo fiscal ou então no bojo deste processo simplesmente se concluir que não há tributo devido, por conseguinte, não há crime. Ao considerar que (1º) a existência dos crimes fiscais, aí incluído o descaminho, depende da existência do tributo<sup>86</sup> e, portanto, da atuação da autoridade fiscal administrativa e que (2º) não pode haver sanção penal se o tributo não for devido, o que é verificado em processo administrativo fiscal, MAZUR conclui que apurar a ocorrência do tributo é questão prejudicial à análise da existência do delito fiscal. Sem a sua apuração, não existe justa causa para o exercício da ação penal, pois falta prova da materialidade do delito<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto, op. cit, p. 228.

<sup>85</sup> MAZUR, Bianca de Freitas, op. cit., p. 174.

<sup>86</sup> “Entende-se, assim, que o tributo é elemento normativo do tipo, sem o qual a conduta não pode ser considerada típica”. Ibidem, p. 145.

<sup>87</sup> Ver o Capítulo “3.2.3 O Artigo 83 da Lei nº 9430/96 como Questão Prejudicial da Ação Penal”. Ibidem.



“... devemos considerar que, se o Estado tipificou criminalmente determinada conduta, amparado unicamente por critérios extra-penais de política-fiscal, buscando, mais que a punição do agente, o pagamento de tributo que lhe é devido, a constatação deste pagamento ou mesmo de sua inexigibilidade não pode ser motivo hábil a ensejar a instauração de uma ação penal, ante a ausência de justa causa, de forma que, estando em tramitação tal processo criminal, a extinção da punibilidade é medida que se impõe.”<sup>88</sup>

A jurisprudência tem concluído o mesmo, embora por caminho distinto<sup>89</sup>.

Feita essa análise sumária das hipóteses de descriminalização, passaremos à análise de cada modalidade concreta de contrabando e descaminho nos diferentes níveis do mercado ilegal de cigarros, aplicando a exposição até aqui feita.

### **2.1.1. Contrabando de cigarros**

A proibição de importar cigarros é sempre relativa, e no caso brasileiro consiste em duas situações, ambas sob a forma do contrabando. Na primeira, porque está condicionada à obtenção do registro da marca junto à ANVISA, a importação de cigarros sem essa autorização torna-se ilegal. Na segunda, trata-se da proibição de importar cigarros destinados exclusivamente à exportação.

À Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foram conferidos poderes normativos pela Lei n.º 9.278/99, artigo 8º, § 1º, X<sup>90</sup>. No exercício deles, por

---

<sup>88</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>89</sup> Diz a autora (ibidem, pp. 148-149.): “Deixou a Corte Suprema assentado, por maioria de votos, portanto, que, nos crimes contra a ordem tributária, a decisão definitiva do processo administrativo constitui condição objetiva de punibilidade, sem a qual a denúncia não pode ser recebida, uma vez que a competência para constituir o crédito tributário é privativa da autoridade fiscal, cuja existência ou o montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final do processo administrativo. Decidiu, também, que, em razão desse fato, o prazo prescricional restaria suspenso enquanto obstada a definitividade do lançamento em razão dos recursos do contribuinte. (...) Luiz Flávio GOMES [Crimes Tributários e Encerramento do Recurso Fiscal, in Notícias Forenses. Ed. 190, jul. 2004] critica essa posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal e seguida pelos demais tribunais, salientando que a condição objetiva de punibilidade caracteriza-se por não alterar a configuração típica da conduta, sendo-lhe, contrariamente, exterior e fundamentando-se em razões de política criminal. A constatação, ou não, da existência de tributo devido constitui, como reconhece GOMES, ‘o cerne do delito de sonegação fiscal, tema que se vincula, ..., com a tipicidade. Enquanto não decidido definitivamente (pelo fisco) se o tributo é devido ou não, em jogo está a própria existência (materialidade) do crime. Nessas situações jamais se justifica a propositura imediata de ação penal’. (...) De qualquer forma, entenda-se ser a apuração do tributo elemento do tipo ou condição objetiva de punibilidade, é inegável que o prévio exaurimento do procedimento administrativo mostra-se relevante para o desfecho da ação penal, devendo ser entendido, não como uma condição para sua procedibilidade, mas como espécie de ‘questão prejudicial’”.

meio da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n.º 90, de 27 de dezembro de 2007, revisando a RDC n.º 346 de 02 de dezembro de 2003, estabelece condições sanitárias que devem ser observadas na produção de cigarros, o que é atestado pela obtenção de registro das marcas, obrigatório para importadores ou fabricantes nacionais<sup>91</sup>.

A exigência de registro na ANVISA visa garantir o cumprimento de normas de saúde pública sintonizadas com a atual política antitabagista. Assim, o artigo 20, § 1º, da referida Resolução considera proibida a importação de cigarros cuja marca não esteja registrada<sup>92</sup>.

A importação de cigarros de marca não registrada importa no desrespeito presumido das condições sanitárias que devem ser observadas na produção, ainda que estrangeira. Trata-se, então, de uma proibição específica, pois dirigida ao bem em si mesmo, a sua natureza e produção. Por essa razão, esta modalidade concreta de contrabando pode ser designada por “contrabando de cigarros (propriamente) proibidos”.

A segunda situação de contrabando a que nos referimos inicialmente consiste na reintrodução no território nacional de cigarros destinados exclusivamente à exportação. Ela é proibida pelo o Decreto 1.593/77, artigo 12, § 1º<sup>93</sup>. E ainda a RDC n.º 90/2007 repete a mesma proibição, desta vez em relação às marcas que obtiveram o registro sanitário exclusivamente para serem exportadas<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> Lei 9.278, de 26 de janeiro de 1999. Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. § 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência: (...) X - cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco;

<sup>91</sup> RDC ANVISA n.º 90/2007. Art. 3º. É obrigatório o registro dos dados cadastrais de todas as marcas de produtos fumígenos derivados do tabaco, fabricadas no território nacional, importadas ou exportadas.

<sup>92</sup> RDC ANVISA n.º 90/2007. Art. 20º A marca específica somente poderá ser comercializada após a publicação do deferimento da petição de Registro de Dados Cadastrais, no Diário Oficial da União. § 1º É proibida a importação, a exportação e a comercialização no território nacional de qualquer marca de produto fumígeno que não esteja devidamente regularizada na forma desta Resolução ainda que a marca se destine à pesquisa no mercado consumidor.

<sup>93</sup> Decreto 1.593/77. Art. 12. Os cigarros destinados à exportação não poderão ser vendidos nem expostos à venda no País e deverão ser marcados, nas embalagens de cada maço ou carteira de 20 (vinte) unidades, pelos equipamentos de que trata o [art. 27 da Lei no 11.488, de 15 de junho de 2007](#), com códigos que possibilitem identificar sua legítima origem e reprimir a introdução clandestina destes produtos no território nacional. § 1º As embalagens de apresentação dos cigarros destinados a países da América do Sul e América Central, inclusive Caribe, deverão conter, sem prejuízo da exigência de que trata o caput, a expressão "Somente para exportação - proibida a venda no Brasil", admitida sua substituição por dizeres com exata correspondência em outro idioma.

<sup>94</sup> RDC ANVISA n.º 90/2007. Art. 20º A marca específica somente poderá ser comercializada após a publicação do deferimento da petição de Registro de Dados Cadastrais, no Diário Oficial da União. (...) § 2º É vedada a comercialização no mercado interno brasileiro das marcas de produtos fumígenos registradas exclusivamente para exportação.

Apesar de formalmente adequar-se a hipótese do contrabando, materialmente trata-se de descaminho. Uma vez que estes cigarros possuem essencialmente as mesmas características daqueles cuja produção é permitida no país, não haveria razão para afastar o tratamento penal mais benéfico reservado para o descaminho, em relação ao qual é possível, por exemplo, a aplicação do princípio da insignificância e a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos antes do oferecimento da denúncia no juízo criminal. Parte expressiva da jurisprudência tem se orientado neste sentido<sup>95</sup>. VON LAMPE também encara essa hipótese como relativa apenas a uma questão fiscal aduaneira.

No Brasil, como veremos no Capítulo 4, durante muitos anos prevaleceu esse esquema de agenciamento, consistente em introduzir novamente no território nacional cigarros originalmente destinados a países da América Latina, especialmente ao Paraguai, que servia de entreposto direto e indireto de triangulação da produção da grande indústria tabagista exportada aos países vizinhos.

Na esteira das duas últimas observações, esta hipótese de agenciamento pode ser designada por “contrabando-quase-descaminho de triangulação”.

Este esquema foi abruptamente substituído pelo “contrabando de cigarros proibidos” nos anos noventa, o que está de acordo com a opinião de VON LAMPE, que o julga um esquema de agenciamento recente, correspondente à diminuição do anterior. Hoje ele é exponencialmente mais comum do que todos os outros e consiste empiricamente nos cigarros trazidos clandestinamente do Paraguai para o Brasil, cujas marcas não possuem registro junto à ANVISA.

A rigor, haveria uma terceira situação envolvendo o mercado ilegal de cigarros e relacionada ao contrabando. A Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997, no artigo 46, estabelece que para ser importado, o cigarro deve necessariamente ser comercializado também no país de origem. Este caso pode coincidir com ambas ou apenas uma das situações seguintes: (1º) com a hipótese de “contrabando de cigarros de proibidos”, na

---

<sup>95</sup> Veja-se, nesse sentido, precedente favorável da 4ª Seção do TRF4: “A jurisprudência desta Corte tem dado tratamento jurisprudência desta Corte tem dado tratamento uniforme ao julgamento dos casos de importação de cigarros estrangeiros sem o pagamento dos tributos devidos (descaminho) e reintrodução no país daqueles (descaminho) e reintrodução no país daqueles de fabricação nacional destinados à exportação (contrabando), uma vez que se trata de infrações similares, traduzindo idêntico potencial lesivo ao mercado, à saúde pública, bem como à União. (HC nº 2004.04.01.034885-7, Rel. p/ acórdão Des. Élcio, DJU 18.05.2005).” No mesmo sentido, vejamos os seguintes julgados daquele mesmo Tribunal: RSE 2007.71.17.001106-8, da 7ª Turma, e ACR nº 2003.70.05.007184-4, da 8ª Turma. Há julgamentos em sentido contrário no TRF3, tal como o seguinte: “Cuidando-se da apreensão de cigarros de importação proibida (contrabando), não há de se falar em aplicação do princípio da insignificância. (TRF3, 2ª T, Des.ª Cecília Mello, HC nº 2008.03.00.040532-0, julg. 03.03.2009)”.

medida em que significa a importação de marcas produzidas em desacordo com a legislação sanitária do país de origem ou (2º) com a uma hipótese de prevenção ao “contrabando-quase-descaminho de triangulação”, pois coíbe a importação de países que servem apenas de entreposto para o desvio da exportação. Uma vez que se assemelha ou a primeira ou a segunda, entendemos ser desnecessária a sua análise, valendo para esta situação as mesmas observações anteriores.

### **2.1.2. Descaminho de cigarros**

O descaminho é o delito que conforma o esquema de agenciamento definido por VON LAMPE como comprar cigarros numa jurisdição onde os tributos são menores para revendê-los numa jurisdição onde os tributos são maiores, pagando-os na jurisdição de origem, mas evitando fraudulentamente o pagamento na de destino.

Definimos o descaminho, de acordo com a doutrina e o artigo 334, *caput*, do Código Penal, como o não pagamento fraudulento dos tributos aduaneiros devidos pela importação/exportação de mercadoria permitida. No caso dos cigarros, são devidos tributos tais como os impostos de Importação (II) e sobre Produto Industrializado (IPI).

Note-se que os cigarros contrabandeados passariam a ser simplesmente descaminhados se, possuindo sua marca registrada junto à ANVISA, houvessem sido introduzidos no território nacional apenas sem o pagamento dos tributos aduaneiros devidos. Nesse caso, o que está em questão são obrigações meramente fiscais, enquanto que naquele outro caso trata-se da observação de normas de saúde pública, consubstanciada no registro de marcas.

### **2.2. Esquemas de distribuição**

Como havíamos dito, a criminalização dos atos de distribuição de um mercado ilegal, seu atacado e varejo, deve ser analisada em conjunto com o estudo dos crimes que conformam seu ato de agenciamento.

O tratamento penal da distribuição dos cigarros ilegais, quando produto do crime de contrabando, encontra-se no § 1º, *c* combinado com o § 2º do artigo 334 do Código Penal, e quando produto do descaminho, encontra-se ou no §1º, *c* e *d* combinado com § 2º do artigo 334, ou no artigo 3º do Decreto-Lei n.º 399/68. Seguiremos esta ordem para a análise.

Como expõe BITTENCOURT, ao dissertar sobre as formas assimiladas a contrabando a descaminho:

“No art. 334, em sua redação original, no seu § 1º, constava somente a previsão de (a) *pratica de navegação de cabotagem fora dos casos permitidos em lei*, e (b) *prática de fato assimilado, em lei especial, a contrabando e descaminho*. No entanto, a Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, que definia ‘o crime de sonegação fiscal’, no seu art. 5º alterou o art. 334 do CP, acrescentou outros crimes equiparados a contrabando e descaminho (alíneas *c* e *d*) no seu § 1º, e, no § 2º, ampliou, em razão deles, o conceito de atividade comercial.”<sup>96</sup>

Conforme aquele dispositivo<sup>97</sup>, na alínea *c*, primeira parte, é o sujeito do crime quem importou a mercadoria e, conforme BITTENCOURT, resta “afastada a incidência cumulativa do *caput* pela aplicação também cumulativa dos princípios da especialidade e da consunção”. Na segunda parte, não foi ele próprio quem o fez, mas será punido porque sabe que ela foi importada clandestina ou fraudulentamente. BITTENCOURT observa que o agente “*sabe* que se trata de mercadoria estrangeira introduzida clandestinamente ou importada fraudulentamente”, o que “configura um modalidade de especial de receptação, tratada, no entanto, como contrabando ou descaminho” e fica assim afastada pelo “*princípio da especialidade*, a previsão do art. 180 do CP”<sup>98</sup>.

O objeto material das condutas definidas na alínea *c* é a mercadoria estrangeira descaminhada ou contrabandeada.

Na alínea *d*, a mercadoria estrangeira também é importada por outro que não o sujeito da modalidade em questão, que a “adquire, recebe ou oculta (...) desacompanhada da documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos”. Uma vez que só se exige a documentação legal e autêntica de bens cuja

---

<sup>96</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 218.

<sup>97</sup> Código Penal. Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena - reclusão, de um a quatro anos. § 1º - Incorre na mesma pena quem: (...) c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. § 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

<sup>98</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 219.

importação seja permitida, trata-se de mercadoria descaminhada. Novamente, há uma modalidade especial de receptação, com a diferença de que, naquela do artigo 180 do CP, não se exige a ausência de documentação legal ou autêntica para que se configure o delito, bastando tratar-se de coisa que o agente “sabe ser produto de crime” <sup>99</sup>. Ainda quanto a esta última modalidade, percebe-se que o crime de uso de documento falso do artigo 304 do CP restará absorvido, pois será considerado crime-meio, conforme o princípio da consunção.

Segundo aquele autor, exige-se habitualidade para a configuração destas modalidades de crime, “visto que impossível ‘exercer’ qualquer atividade (comercial) por um único ato”. O sujeito ativo de tais crimes, portanto, é o comerciante ou industrial. A atividade comercial deve ser entendida conforme o § 2º do mesmo artigo. BITTENCOURT destaca que “essa previsão tem endereço certo: nessa *ampliação* da ‘atividade comercial’ contida no parágrafo referido, o legislador equiparou o *vendedor ambulante*, camelôs ou os popularmente conhecidos como ‘muambeiros do Paraguai’ ao comerciante regularmente estabelecido” <sup>100</sup>.

BITTENCOURT apresenta algumas críticas às fórmulas empregadas pelo legislador para definir estas últimas modalidades, pois, conforme o autor, nada impede que alguém pratique aquelas condutas sem visar algum “proveito”, no exercício de atividade comercial ou industrial. Além disso, aponta que, nos termos § 2º, o legislador “esqueceu-se de incluir quem exerce atividade *industrial irregular ou clandestina*, como fizera em relação à *atividade comercial*” <sup>101</sup>.

Entretanto, para o bem o para o mal, as críticas de BITTENCOURT estão, por assim dizer, absorvidas no que se refere à criminalização dos atos de distribuição do mercado ilegal de cigarros descaminhados. O Decreto-Lei n.º 399/68<sup>102</sup>, fartamente aplicado, praticamente elimina as exigências existentes no artigo 334 do Código.

---

<sup>99</sup> MAZUR (MAZUR, Bianca de Freitas, op. cit., p. 66) observa a desproporção existente entre as penas destas modalidades especiais de receptação e as do artigo 180 do CP. “Não obstante, observa-se que a pena cominada ao artigo 180, § 1º, do Código Penal, é flagrantemente desproporcional em relação àquela do artigo 334, § 1º, “d”. Dessa forma, enquanto a receptação de televisores furtados, no exercício da atividade comercial ou industrial, é punida com pena de reclusão de três a oito anos, e multa (art. 180, § 1º), a receptação de televisores descaminhados, no mesmo exercício da atividade comercial ou industrial, é apenada com reclusão de um a quatro anos (art. 334, § 1º, d).”

<sup>100</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 219.

<sup>101</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 220.

<sup>102</sup> Decreto-Lei n.º 399/68. [Art. 2º](#). O Ministro da Fazenda estabelecerá medidas especiais de controle fiscal para o desembaraço aduaneiro, a circulação, a posse e o consumo de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira. Art. 3º Ficam incursos nas penas previstas no artigo 334 do Código Penal os que, em infração às medidas a serem baixadas na forma do artigo anterior adquirirem,

Antes de analisarmos essas diferenças, convém distinguir o artigo 3º do Decreto-Lei em relação ao descaminho previsto no *caput* do artigo 334 do Código.

O Decreto-Lei n.º 399/68, opera uma equiparação dos fatos que descreve com os do *caput* do artigo 334 do Código Penal, fundando-se no artigo 334, §1º, *b*, do Código. Consiste num fato similar ao descaminho, e não ao contrabando, afinal não há interesse no controle fiscal de mercadorias proibidas.

Apesar do que pode sugerir a equiparação, o delito previsto no Decreto-Lei não concorre com o do *caput* do artigo 334 do Código e, sim com o § 1º, *c* e *d* desse mesmo dispositivo.

Conjugando os artigos 2º e 3º do Decreto-Lei n.º 399/68, tem-se que são equiparadas ao delito do artigo 334 do Código Penal as condutas de adquirir, transportar, vender, expor à venda, ter em depósito, possuir ou consumir fumo e derivados cujo desembaraço aduaneiro, circulação, posse ou consumo tenha sido feito em desacordo com as “medidas especiais de controle fiscal”, estabelecidas pelo Ministro da Fazenda.

A maior parte das distinções existentes entre o *caput* do artigo 334 do Código Penal e o artigo 3º do Decreto-Lei n.º 399/68 são evidentes.

Nesse sentido, ambos se referem à circulação de um bem, mas o objeto material da conduta é genérico no primeiro caso, a mercadoria, e específico no segundo, o fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira. No primeiro, o núcleo da conduta é importar, no segundo é adquirir, transportar, vender, expor à venda, ter em depósito, possuir ou consumir. Num o conteúdo que preenche a norma penal em branco é o tributo devido pela importação. Noutro, são as medidas especiais de controle fiscal estabelecidas pelo Ministro da Fazenda para o desembaraço aduaneiro, a circulação, a posse ou o consumo.

Outra diferença clara e relevante é que o primeiro criminaliza diretamente a importação e o Decreto-Lei apenas indiretamente. A importação ilícita é sempre um pressuposto da incidência do artigo 3º. Embora as “medidas especiais” possam disciplinar momentos posteriores ao desembaraço aduaneiro – a circulação, a posse ou consumo (art. 2º do DL n.º 399/68) –, de fato referem-se apenas ao Registro Especial e a aplicação de selos tributários que, como veremos em seguida, são medidas devidas pela importação de cigarros e cuja observação é verificada no desembaraço aduaneiro,

---

transportarem, venderem, expuserem à venda, tiverem em depósito, possuírem ou consumirem qualquer dos produtos nele mencionados.

podendo ser burladas caso o agente (a) engane a autoridade aduaneira (b) ou simplesmente não passe por ela, como ocorre também com as duas hipóteses de consumação do descaminho<sup>103</sup>. Nesse sentido, a violação daquelas “medidas especiais” ou ocorre quando da importação do fumo e seus derivados ou não ocorre.

No Decreto-Lei não é a importação que é punida, embora seja indiretamente criminalizada, na medida em que são os atos de adquirir, transportar, vender etc. o seu produto é que são diretamente criminalizados. Assim, trata-se da aplicação do princípio da consunção, segundo o qual o crime-fim é criminalizado, mas não o crime-meio, referente à importação que é pressuposta nesse caso. A mesma pressuposição ocorre no artigo 334, § 1º, *c e d*.

Pode-se concluir, então, que se o que se aprecia é a importação de cigarros (permitidos) sem o pagamento dos tributos devidos, configura-se o delito descaminho na forma do *caput* do artigo 334 do Código. Porém, se o que está em questão são atos posteriores, de distribuição do bem importado, aplica-se ou artigo 3º do Decreto-Lei n.º 399/68 ou o § 1º *c e d*, combinado com o § 2º, do artigo 334 do Código.

Em alguns casos, ambos os dispositivos são aplicáveis. Se isso ocorre, auferidas as diferenças objetivas e subjetivas existentes entre eles, o conflito pode ser resolvido conforme o princípio da especialidade.

O objeto material do delito previsto no Decreto-Lei, como vimos, é o fumo e seus derivados importados em desacordo com as “medidas especiais de controle fiscal” estabelecidas pelo Ministro da Fazenda, enquanto que no § 1º, *c e d*, do art. 334 é a mercadoria descaminhada ou estrangeira sem documentação legal ou autêntica.

O leque de condutas incriminadas no Decreto-Lei é muito mais amplo que o do § 1º do artigo 334. O primeiro estende-se até o consumo enquanto que o segundo, apesar da expressão “ou de qualquer forma”, é muito mais restrito por conta da fórmula “utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial”. Nesse sentido, seria um contra-senso que o artigo 334 criminalizasse o consumo, pois é o oposto do consumo, a poupança, que tem finalidade comercial.

Quanto a saber em que consistem as tais “medidas especiais de controle”, consultamos alguns julgados dos Tribunais Regionais Federais da 3º e da 4º Região,

---

<sup>103</sup> REGIS PRADO, Luis. Comentários ao Código Penal. 4º Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Edital Revista dos Tribunais, 2007, p. 939. Nesse sentido, também FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. Coordenadores. Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial. 7º Edição. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 4039.



cujas competências abarcam regiões de fronteira, destacadamente, com o Paraguai<sup>104</sup>. Eles se referem a Instruções Normativas editadas pelo Secretário da Receita Federal do Brasil (RFB). Atualmente, aplica-se a IN RFB n.º 770, de 21 de agosto de 2007, que trata do Registro Especial e dos selos de controle tributário aplicado aos importadores e produtores nacionais de cigarros.

A rigor, a Instrução Normativa em questão não se funda na competência estabelecida pelo artigo 2º do Decreto-Lei n.º 399/68. São dois os seus fundamentos.

O primeiro é o artigo 46 da Lei n.º 4.502/64, que autoriza o Ministro da Fazenda a determinar a obrigatoriedade da aplicação dos selos de controle tributário aos produtos, nacionais ou importados, que julgar necessário<sup>105</sup>. E apesar da competência dada ao Ministro da Fazenda, a própria Lei, em outro momento, determina a obrigatoriedade da aplicação dos selos fiscais aos importadores de cigarros<sup>106</sup>. O Registro Especial, por sua vez, aplica-se aos cigarros segundo a previsão legal do artigo 1º, § 3º do Decreto-Lei n.º 1.593/77<sup>107</sup>, e não por conta de qualquer “medida especial” tomada pelo Ministro da Fazenda. Desse modo, a única “medida especial de controle fiscal” contida na IN n.º 770 que possa ser estabelecida pelo Ministro da Fazenda é a aplicação dos selos fiscais.

---

<sup>104</sup> Consultamos os “sites” disponíveis nos seguintes endereços eletrônicos: <http://www.trf3.jus.br/> e <http://www.trf4.jus.br/trf4/>, dos Tribunais Regionais Federais da 3ª e 4ª Regiões, respectivamente, que aí disponibilizam seus julgados. Destacamos dois excertos para ilustrar a referência às “medidas especiais de controle fiscal”: “Os pacientes foram denunciados em 10 de junho de 2010 pela prática das condutas descritas no art. 334, §4º, “b” do Código Penal, combinado com artigos 2º e 3º do Decreto - Lei 399/68 e Instrução Normativa da Receita Federal n.º 770/2007 (TER 3ª Região. Proc. 2010.03.00.017447-9/MS. Habeas Corpus n.º 0017447-30.2010.4.03.0000/MS. Publicado no Diário de Justiça em 25/6/2010. Relator Juiz Convocado RICARDO CHINA)”. “As medidas referidas no dispositivo legal são aquela a serem baixadas pelo Ministério da Fazenda; atualmente, a matéria está disciplinada pela Instrução Normativa SRF n.º 95, de novembro de 2001, de 12 de dezembro de 2001, com alterações pelas IN’s/SFR n.ºs. 162/02 e 343/03. Note-se que a referida legislação exige o registro especial de importador de cigarros junto à SRF, bem como a selagem de tais bens (TRF 4ª Região. Apelação criminal n.º 0008332-06.2007.404.7002/PR. Relator Juiz Federal Artur César de Souza. Publicado em 28/02/2011)”.

<sup>105</sup> Lei n.º 4.502/64. Art.46. O regulamento poderá determinar, ou autorizar que o Ministério da Fazenda, pelo seu órgão competente, determine a rotulagem, marcação ou numeração, pelos importadores, arrematantes, comerciantes ou repartições fazendárias, de produtos estrangeiros cujo controle entenda necessário, bem como prescrever, para estabelecimentos produtores e comerciantes de determinados produtos nacionais, sistema diferente de rotulagem, etiquetagem obrigatoriedade de numeração ou aplicação de selo especial que possibilite o seu controle quantitativo.

<sup>106</sup> Lei n.º 9.532/97. Art. 48. O importador deverá requerer à Secretaria da Receita Federal do Brasil o fornecimento dos selos de controle de que trata o art. 46 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, devendo, no requerimento, prestar as seguintes informações: (...).

<sup>107</sup> Decreto-Lei n.º 1.593/77. Art. 1º A fabricação de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo [Decreto no 2.092, de 10 de dezembro de 1996](#), será exercida exclusivamente pelas empresas que, dispondo de instalações industriais adequadas, mantiverem registro especial na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda. (...) § 3º O disposto neste artigo aplica-se também à importação de cigarros, exceto quando destinados à venda em loja franca, no País.

O segundo fundamento da referida Instrução Normativa deriva de uma competência delegada pelo Presidente da República ao Ministro da Fazenda e, por este, à Secretaria da Receita Federal <sup>108</sup>, de modo que a sua natureza é a de ato administrativo regulamentar.

Tem-se, portanto, que o complemento da norma penal em branco do art. 3º do Decreto-Lei n.º 399/68 é a IN RFB n.º 770/2007, ato administrativo que determina a obrigatoriedade da aplicação de selos fiscais aos cigarros estrangeiros importados, e que o tratamento penal que institui é fracamente mais grave que o do dispositivo com o qual concorre, o do artigo 334, § 1º, *c* e *d* do Código Penal.

---

<sup>108</sup> Os Decretos presidenciais, calcados no artigo 84, IV da Constituição Federal, são atos de natureza regulamentar, meros regulamentos de execução, que não inovam na ordem jurídica e são feitos *infra legem* e *secundum legem* (XAVIER, Alberto. *Op. cit.* p. 26.). Nesse sentido, o Presidente da República, com fulcro no artigo 84, VI, *a*, da Constituição Federal, editou o vigente **Decreto n.º 7.482**, de 16 de maio de 2011, aprovando o Regimento do Ministério da Fazenda (Anexo), em que consta no artigo 15, III, que compete a Secretaria da Receita Federal “interpretar e aplicar a legislação tributária, aduaneira, de custeio previdenciário e correlata, editando os atos normativos e as instruções necessárias à sua execução”, atribuição implicitamente fundada no artigo 84, IV da Constituição Federal. A previsão que delega tal competência regulamentar à Secretaria da RFB tem um histórico normativo muito extenso e confuso que pesquisamos, mas que por economia preferimos não reproduzir. Quem desejar realizar esta pesquisa pode iniciar consultando a IN n.º 770/2007 no “site” da Receita Federal, no seguinte endereço: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/ins/2007/in7702007.htm>.

## **Capítulo 3**

### **3. Outros delitos relacionados aos cigarros ilegais**

A seguir, serão estudadas as hipóteses menos frequentes que conformam o mercado ilegal de cigarros e, conjuntamente a elas, a criminalização dos níveis de agenciamento e distribuição em cada uma dessas situações.

Como havíamos visto, o terceiro esquema de agenciamento (na ordem de VON LAMPE) consiste na falsificação de marca, de um lado, e na aposição de selo fiscal falsificado, por outro. VON LAMPE entende que a aplicação de selo fiscal falsificado geralmente liga-se a contrafação ou falsificação de marcas de cigarros. Ressalve-se, porém, que existem casos em que selos fiscais falsificados são apostos a marcas legítimas, não contrafactadas, o que abordaremos na seção seguinte. Por essa razão, parece razoável considerar que a aposição de selo de fiscal falsificado pode figurar como esquema de agenciamento à parte, ligado ou não a contrafação de cigarros. E a análise da aplicação de selo fiscal falsificado nos remete a um sexto esquema de agenciamento, um delito diferente, mas muito próximo do anterior e que corresponde ao comércio do cigarro sem o selo fiscal.

O quinto esquema de agenciamento corresponde ao roubo e ao furto, delitos que ofendem o patrimônio. Embora sejam tão comuns em relação a determinados bens, como automóveis, no que toca a ser um meio de introduzir cigarros no mercado ilegal não são nada frequentes, como reconhece VON LAMPE. O roubo e o furto, delitos tão conhecidos quanto corriqueiros, nada de original apresentam quando aplicados ao caso dos cigarros, motivo porque simplesmente deixaremos de analisá-los.

Deve-se acrescentar, por fim, um sétimo esquema, que o autor absolutamente não considera, mas é perfeitamente possível no Brasil. É possível que a produção nacional de cigarros seja penalmente ilícita, mas isso é raríssimo. Essa hipótese, uma única, corresponde (essencialmente) à violação daquelas mesmas regras de controle (sanitário) da produção que se desatendidas pelos importadores da produção estrangeira configuram o delito de contrabando. Veremos, em seguida, em que caso ela ocorre e como se diferencia do delito de contrabando.

#### **3.1. Inclusão de substância nociva à saúde**

A RDC n.º 90/07, estabelece condições sanitárias exigidas tanto do fabricante nacional quanto do importador da produção estrangeira, concretizada na obrigatoriedade de registro da marca. Entretanto, o desatendimento dessa condição obrigatória acarreta sanções penais apenas para o importador. Pelo mesmo fato, o produtor nacional sofrerá tão somente as sanções administrativas do art. 29 da RDC ANVISA n.º 90<sup>109</sup> combinado com o artigo 10, XXXV da Lei n.º 6.437/77<sup>110</sup>.

O “contrabando de cigarros proibidos” ocorre, por assim dizer, automaticamente se o agente importa marca não registrada, servindo a inexistência do registro como presunção absoluta de que os bens em concreto violam as normas sanitárias que se pretende proteger, independentemente da verificação concreta, mediante perícia, do atendimento ou não das condições sanitárias efetivamente exigidas pela ANVISA. Se assim fosse, constatada a adequação às normas sanitárias, seria possível classificar o fato como descaminho, para então aplicar mecanismos judiciais de descriminalização, como o princípio da insignificância e a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos.

Por seu turno, a sanção penal do produtor de marca não autorizada – bem como do importador e do produtor nacional de marca autorizada – depende da verificação concreta, mediante perícia, da nocividade do bem, na forma do artigo 278 do Código Penal<sup>111</sup>.

Conforme REGIS PRADO, o delito em questão visa à tutela da “incolumidade pública, no especial aspecto da saúde pública”<sup>112</sup>. Prossegue expondo que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, e o sujeito passivo é a coletividade. Basta o dolo genérico para que se realize a conduta, a não ser no caso em que se exige o especial fim de agir “para vender”, conjugado à conduta de “ter em depósito”.

Segundo a doutrina, o objeto material das condutas de fabricar, vender, expor à venda etc. é a coisa ou substância nociva à saúde, não destinada à alimentação ou a fim

---

<sup>109</sup> Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) ANVISA n.º 90, de 27 dezembro de 2007. Art. 29 O não cumprimento aos termos desta Resolução constitui infração sanitária, sujeitando o infrator às penalidades da Lei n.º 6.437, de 20 de agosto de 1977 e demais disposições aplicáveis.

<sup>110</sup> Art. 10 - São infrações sanitárias: (...) XXXV - descumprimento de normas legais e regulamentares, medidas, formalidades, outras exigências sanitárias relacionadas a estabelecimentos e às boas práticas de fabricação de matérias-primas e de produtos sob vigilância sanitária: pena - advertência, apreensão, inutilização, interdição, cancelamento da autorização de funcionamento, cancelamento do registro do produto e/ou multa;

<sup>111</sup> Código Penal. Art. 278 - Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal: Pena - detenção, de um a três anos, e multa. Parágrafo único - Se o crime é culposo: Pena - detenção, de dois meses a um ano.

<sup>112</sup> REGIS PRADO, Luis, op. cit., p. 807.

medicinal<sup>113</sup>, que REGIS PRADO exemplifica com os cigarros<sup>114</sup>. Conforme ressalta MAGALHÃES, “frisa a lei que a coisa ou a substância há de ser destinada ao *consumo*, isto é, ao uso, emprego, etc. da coletividade”<sup>115</sup> e essa nocividade, segundo REGIS PRADO, “refere-se à própria coisa ou substância”, que “não pode ser considerada nociva em razão de seu mau uso”<sup>116</sup>.

FEU ROSA expõe que a coisa ou substância deve estar “em desacordo com as prescrições das autoridades competentes”, como o Ministério da Saúde e as Secretarias de Saúde, que podem tanto proibir determinadas substâncias quanto permitir o seu uso em teores determinados. Logo em seguida, o autor salienta que é “fundamental para o tipo” a “inexistência de permissão concedida pelo Poder Público” ou a “desobediência, simulação ou fraude a essa permissão”, porque o “Estado não pode punir o que ele mesmo consente”<sup>117</sup>.

A doutrina consultada é unânime quanto à exigência de laudo pericial que ateste a nocividade da coisa ou substância. FRANCO e STOCO citam jurisprudência nesse sentido<sup>118</sup>. Segundo MAGALHÃES, porque se trata de delito de perigo concreto, é imprescindível que nocividade seja demonstrada no caso em apreço, em regra, por meio de laudo pericial<sup>119</sup>.

A criminalização do agenciamento consubstancia-se na descrição da atividade de “fabricar”, contida no *caput* do artigo 278, enquanto que distribuição é criminalizada em seguida, no mesmo lugar : “vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo”.

Essa é a única hipótese em que a produção interna pode ser criminalizada, havendo ou não o registro de marca. No caso de não haver, a exigência de prova para atestar o perigo concreto dificulta a aplicação da sanção penal, que num caso semelhante, o do contrabando, operaria “automaticamente”.

---

<sup>113</sup> Segundo REGIS PRADO (ibidem, p. 807), não pode se destinar à alimentação ou a fim medicinal, pois esses casos já estão contemplados nos delitos anteriores, como os dos artigos 272 e 273. Nesse sentido, concordam também COSTA JR. Paulo José da. Comentários ao Código Penal. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1987-1989, p. 282, FEU ROSA, Antonio José Miguel. Direito Penal. Parte Especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 751 e MAGALHÃES, E. Noronha. Direito Penal. Vol. 4 São Paulo: Saraiva, 1995, p. 44.

<sup>114</sup> REGIS PRADO, Luis, op. cit., p. 807. Nesse sentido, também FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui, op. cit., p. 3481 e MAGALHÃES, E. Noronha, op.cit., p. 44.

<sup>115</sup> MAGALHÃES, E. Noronha, op. cit., p. 44.

<sup>116</sup> REGIS PRADO, Luis, op. cit., p. 807.

<sup>117</sup> FEU ROSA, Antonio José Miguel, op. cit., pp. 751 e 752.

<sup>118</sup> FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui, op. cit., p. 3482.

<sup>119</sup> MAGALHÃES, E. Noronha. Direito Penal, op. cit., p. 43.

O quadro exposto de modo algum reclama o endurecimento do tratamento penal dispensado aos produtores nacionais, até mesmo porque se tal hipótese de agenciamento ocorre é insignificante para o mercado ilegal brasileiro. Também em outros países não deve ser diferente, pois VON LAMPE em momento algum considera semelhante hipótese. Diversamente, apenas demonstra a existência de dois pesos e duas medidas, pois do ponto de vista penal a inexistência do registro da marca é praticamente indiferente num caso e determinante no outro.

Por conta disso, o possível desatendimento das normas sanitárias pelo importador de marca não registrada, caso do “contrabando de cigarros proibidos”, é apurado com muita agilidade e facilidade, e isso desde o momento pré-processual, em que atuam as autoridades administrativas e policiais.

Com a análise da hipótese de criminalização da produção nacional, que se pode chamar “inclusão de substância nociva (à saúde)”, acrescentamos um novo esquema de agenciamento para o mercado ilegal. É muito rara, é verdade, mas sua exposição nos permite duas coisas: primeiro, entrever a gravidade do tratamento penal do “contrabando de cigarros proibidos”; e, segundo, com uma aplicação particular esclarecer o conceito aproximado de mercado ilegal em geral e de mercado ilegal de cigarros, acrescentando-lhe hipótese diversa das consideradas por VON LAMPE.

Nesse caso, como no “contrabando de cigarros proibidos”, o ato de agenciamento viola uma proibição específica, relativa a determinadas condições sanitárias cuja observação é devida para que a produção de cigarros seja lícita. Mas diferentemente do contrabando, a produção não é estrangeira e, por isso, não depende de sua importação.

Lembre-se que no Capítulo 1 foi exposta a diferença entre os mercados ilegais cujo ato de agenciamento consiste na produção ilícita – ainda que estrangeira, intermediada pela importação – e aqueles cujo ato de agenciamento consiste num ato de circulação proibido. De um lado estão os que se originam da violação de uma proibição específica, dirigida ao bem em si mesmo, à sua natureza. De outro, os que se originam da violação de uma proibição genérica, consistente numa expropriação. Nos primeiros, encontra-se exemplarmente o mercado ilegal de drogas e, nos segundos, o mercado de coisas furtadas e roubadas, falsificadas, descaminhadas etc.

O mercado ilegal de cigarros, peculiarmente, resulta ora da violação de uma proibição genérica ora da violação de uma proibição específica. Nesse último caso, origina-se com um ato de produção nacional ou estrangeira que é ilícita, quer dizer, de

produção de um bem cuja natureza é ilícita. Mas sua proibição específica é relativa ao atendimento de determinadas condições, o que não se aplica às drogas, por exemplo, específica e absolutamente proibidas.

A primeira modalidade concreta de contrabando de cigarros e esta outra hipótese de agenciamento que ainda não havia sido abordada por VON LAMPE são as duas hipóteses em que o ato de agenciamento no mercado ilegal de cigarros corresponde à produção, ou seja, em que os cigarros são especificamente proibidos, sejam eles nacionais ou estrangeiros. Todas as demais hipóteses, que abordaremos daqui pra frente, assim como o descaminho descrevem um ato de circulação proibido, uma forma particular de expropriação.

### **3.2. Contrafação de cigarros**

A contrafação corresponde ao terceiro esquema de agenciamento em VON LAMPE. Esse é um termo genérico que designa a “violação dos productos da intelligencia”, comumente chamados direitos da propriedade intelectual <sup>120</sup>. A Lei de Direitos Autorais (Lei n.º 9.610/98) no artigo 5º, VII, define contrafação como a reprodução não autorizada. No caso dos cigarros, interessa a contrafação de marcas, tida como crime pela Lei da Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279/96) no artigo 189, I<sup>121</sup>.

Conforme PIERANGELI, a marca é uma maneira de “individualizá-las [as mercadorias], caracterizá-las por meio de um sinal distinto que permita diferenciá-las de outras de mesma espécie e, dessa forma, atestar ao consumidor a sua origem ou proveniência” <sup>122</sup>. A previsão do artigo 189 “envolve a contrafação, ou seja, a reprodução, imitação e alteração de marca registrada”. A contrafação pode ser no todo ou em parte, seja de marca de indústria, serviço, coletiva etc. <sup>123</sup>.

O crime pode ser cometido por qualquer pessoa. Quem o sofre é o titular da marca, pessoa física ou jurídica. Para PIERANGELI, exige-se que o autor cometa o delito com o dolo específico de obter vantagem econômica com a reprodução, imitação

---

<sup>120</sup> SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência). Vol. II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 792.

<sup>121</sup> Lei n.º 9.279/96. Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem: I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou (...) Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

<sup>122</sup> PIERANGELI, José Henrique. Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 217.

<sup>123</sup> FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui, op. cit., p. 2926.

ou alteração de marca, mas diversamente a jurisprudência tem exigido apenas “o dolo genérico, como sendo a vontade livre e consciente de praticar uma das ações incriminadas”, devendo o agente saber que se trata de marca alheia <sup>124</sup>.

Cogita-se o concurso de normas entre o artigo 189 da Lei da Propriedade Industrial e o artigo 175, I do Código Penal<sup>125</sup>. HUNGRIA, citado por PIERANGELI, expõe que o primeiro refere-se à violação da propriedade intelectual, enquanto que o segundo aos direitos do consumidor<sup>126</sup>. O conflito, segundo FRANCO e STOCO, não subsiste. Conforme a jurisprudência, se a fraude ao consumidor ocorre por meio da violação da propriedade intelectual prevalece a aplicação do artigo 189 da Lei de Propriedade Industrial<sup>127</sup>. A nosso ver, deve prevalecer a aplicação do artigo 190, I dessa Lei<sup>128</sup>, vez que em relação à previsão do Código Penal apresenta-se especialíssima, posterior e mais benéfica ao autor.

A previsão do artigo 190, I se dirige a alguns atos de distribuição do bem cujo agenciamento é criminalizado no artigo anterior (189, I). As mesmas considerações feitas para o tipo do artigo 189 também são pertinentes ao tipo do artigo 190.

A transação do bem com marca contrafeita nem sempre se caracteriza como fraude ao consumidor, o que pode ensejar o delito do artigo 175, I, do Código Penal ou o do artigo 190, I, da Lei de Propriedade Industrial. É possível que o consumo, assim como o fato de se adquirir o bem contrafeito, se conforme como crime de receptação, dolosa – prevista no CP, no artigo 180, *caput* ou § 1º (receptação qualificada pelo cometimento do delito no exercício de atividade comercial ou industrial, ainda que irregular, clandestina ou exercida em residência) –, quando agente sabe que a coisa é produto do crime de contrafação, ou culposa – prevista no artigo 180, § 3º do CP –, quando o agente deve presumir que a coisa é produto do crime.

Aqui cabe retomar as distinções que VON LAMPE apresenta para os diferentes esquemas de varejo. No primeiro caso, em que a venda é anunciada para quem passa pelo local, como em equinas, praças, etc., e no terceiro, em que a venda ocorre em

---

<sup>124</sup> Ibidem, p. 2928.

<sup>125</sup> Código Penal. Art. 175 - Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor: I - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; (...) Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

<sup>126</sup> PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 218.

<sup>127</sup> FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui, op. cit., p. 2929.

<sup>128</sup> Lei n.º 9.279/96. Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque: I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou (...). Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.



lugares privados, é pouco provável que ocorram fraudes, pois as circunstâncias da transação insinuam a ilicitude do bem. Já no segundo esquema de varejo, quando a venda ocorre em lugares semi-públicos como bares, a venda de cigarros contrafeitos é extremamente propícia a fraudes, pois aí eles são oferecidos em lugar dos cigarros lícitos, nem sempre a preços tão mais baixos, o que pode induzir a erro o consumidor.

### 3.3. Aplicação de selos fiscais falsificados

Os selos de controle tributário foram originalmente previstos na Lei n.º 4.502/64, no seu artigo 46<sup>129</sup>. Na forma do *caput* desse artigo, o controle por meio de selos é estendido aos produtores nacionais e aos importadores de cigarros pela Receita Federal, por delegação do Ministro da Fazenda. Atualmente, a previsão e as regras específicas referentes aos cigarros encontram-se nos artigos 15 e seguintes da IN RFB n.º 770/2007.

Em suma, a selagem facilita o controle físico da produção e, por conseguinte, dificulta a sonegação fiscal, sensível especialmente no setor de cigarros.

A comercialização dos cigarros, como a de qualquer outro bem de que se exigir o selo, se feita sem o selo ou com o seu uso indevido, poderá ensejar as penas administrativas prescritas no artigo 33 do Decreto-Lei n.º 1.593/77, que poderão consistir em multas graduadas segundo a gravidade da infração e até mesmo no perdimento dos bens, se a eles foram aplicados selos falsificados. Especificamente para os casos que envolvem o comércio de cigarros, o Decreto n.º 1.593/77, no § 2º do artigo 33, prevê além da pena de multa a aplicação de sanção mais grave, consistente no perdimento dos bens mesmo no caso de simplesmente serem comercializados sem o selo ou com um já utilizado anteriormente.

As sanções penais cabíveis, para o caso do comércio com o selo falsificado ou sem o selo fiscal, estão previstas no Código Penal Brasileiro, no artigo 293, § 1º, III, alíneas *a* e *b*, respectivamente<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Lei n.º 4.502/64. Art. 46. O regulamento poderá determinar, ou autorizar que o Ministério da Fazenda, pelo seu órgão competente, determine a rotulagem, marcação ou numeração, pelos importadores, arrematantes, comerciantes ou repartições fazendárias, de produtos estrangeiros cujo controle entenda necessário, bem como prescrever, para estabelecimentos produtores e comerciantes de determinados produtos nacionais, sistema diferente de rotulagem, etiquetagem obrigatoriedade de numeração ou aplicação de selo especial que possibilite o seu controle quantitativo.

<sup>130</sup> Código Penal. Art. 293. Falsificar, fabricando-os ou alterando-os: (...) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º. Incorre na mesma pena quem: (...) III – importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda, mantém em depósito, guarda, troca, cede, empresta, fornece, porta ou, de qualquer forma, utiliza

Embora não se costume designar assim, chamaremos de “aposição (ou aplicação) de selo fiscal falsificado” o tipo de crime da alínea *a* e de “não aposição (ou não aplicação) de selo fiscal” o tipo da alínea *b*. Trata-se de modalidades do crime de falsificação de papéis públicos, ambos de rara ocorrência.

O bem jurídico tutelado é a fé pública, como permite antever o nome do Título X da Parte Especial do Código Penal. Especificamente, protege-se a legalidade destes documentos públicos, que gozam de fé pública. COSTA JR, citado por BITTENCOURT, afirma que objeto jurídico do tipo são a autenticidade e a veracidade probatória dos títulos e papéis públicos<sup>131</sup>. BITTENCOURT observa em seguida que, quanto a alínea *b* do inciso III do § 1º do artigo 293, o bem jurídico tutelado não é a fé pública, mas a Fazenda Pública. Nesse caso, o objetivo é combater a sonegação fiscal, sendo a tutela da fé pública um instrumento de tutela da arrecadação tributária.

Esses crimes exigem uma qualidade especial para o sujeito ativo do delito, a de comerciante ou industrial, ainda que clandestino, irregular ou doméstico, nos termos do § 5º do artigo 293.

Os sujeitos passivos do delito, por seu turno, são “o Estado (União, Estados, Municípios) e a coletividade em geral; secundariamente, qualquer pessoa que seja efetivamente lesada”<sup>132</sup>.

Conforme BITTENCOURT, basta o dolo genérico para que se configure a conduta típica.

A falsificação em questão pode ocorrer tanto pela fabricação, que é a contrafação total, quanto pela alteração ou contrafação parcial. Nessa esteira, “*falsificar* significa alterar ou reproduzir imitando ou contrafazendo, que, nas hipóteses do dispositivo em exame, deve ser conjugado com as formas *fabricar* (criar reproduzir, cunhar ou manufaturar) e *alterar* (transformar, modificar) os objetos descritos nos respectivos incisos do artigo que se examina”<sup>133</sup>. Dentre o extenso rol de documentos que podem ser objetos do delito, está o do inciso I, consistente em “selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributos”.

---

em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria: a) em que tenha sido aplicado selo que se destine o controle tributário, falsificado; b) sem selo oficial, nos casos em que a legislação tributária determina a obrigatoriedade de sua aplicação.

<sup>131</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., pp. 299 e 300.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 300.

<sup>133</sup> Ibidem, loc. cit.

O autor observa que as “condutas criminalizadas neste dispositivo também não são puníveis quando praticadas pelo autor da falsificação, visto que representarão apenas o exaurimento da falsificação, constituindo, na hipótese, *pós-fato* impunível”, pois apenas integram a fase de execução de outro crime. Trata-se do princípio da consunção, aplicável não somente para absorção do crime-meio no crime-fim, como também para absorção dos atos de execução, a princípio crimes autônomos, no crime antecedente. Nessa esteira, segundo BITTENCOURT, “os fatos posteriores que significam um ‘aproveitamento’ do anterior, aqui considerado como principal, são por este consumidos” <sup>134</sup>. O que ocorre, em todo caso, é absorção do crime menos grave pelo mais grave.

Perceba-se que na descrição objetiva do tipo caracterizam-se como atos de agenciamento a aposição de selo fiscal falsificado ou a não aposição do selo, que é obrigatório. Quando essas condutas ocorrem no estrangeiro, são mediadas pela importação, também um ato de agenciamento descrito no tipo. Todas as demais condutas correspondem a atos de distribuição (atacado e varejo), praticados no exercício de atividade comercial ou industrial, em proveito do agente do crime ou de terceiro.

VON LAMPE entende haver uma ligação estreita entre a falsificação de marcas e falsificação de selos fiscais. A conexão empírica existente entre ambos estes esquemas de agenciamento decorre, naturalmente, da necessidade de melhor ludibriar a fiscalização e o consumidor que supõe adquirir uma marca legítima. Conforme aquele autor, a contrafação de cigarros, freqüentemente associada à falsificação de selos fiscais, tem crescido na Europa. Mas não parece ser este o caso do mercado ilegal brasileiro, cuja composição é majoritariamente alimentada pelo “contrabando de cigarros proibidos”.

Tem-se notícia de que no Brasil, recentemente, pequenas empresas estavam se valendo da falsificação de selos fiscais, apostos a marcas legítimas, para ganhar mercado, sonegando impostos. Mas dada a fiscalização rigorosa que é exercida sobre a produção de cigarros nacional, que além do controle por meio de selo está submetida ao já também citado Registro Especial, dificilmente poderá se sustentar qualquer produtor que reiteradamente aplique selos fiscais falsificados. O mesmo vale para o importador regular de cigarros. Nesse sentido, provavelmente o sucesso do contrabando de cigarros deve-se ao fato de que não se tem controle da produção, que ocorre em outro país, mas

---

<sup>134</sup> Ibidem. p. 302.

tão somente da sua distribuição. Naquela primeira situação, pode-se dizer que há um controle preventivo. Mas nesta última, só resta fazer o controle posterior e repressivo, muito menos eficaz.

## Capítulo 4

### 4. O mercado ilegal de cigarros no Brasil

#### 4.1. Atores

Após concluir sua análise a respeito dos níveis do mercado ilegal de cigarros, VON LAMPE observa os principais agentes envolvidos com o comércio ilegal. Ele lista *grupos terroristas, grupos criminosos e a indústria de tabaco*.

O autor não ratifica a participação dos primeiros, que se engajariam no comércio ilegal de cigarros para levantar fundos. VON LAMPE é reticente e diz que, empiricamente, só se pode admitir o envolvimento de *grupos terroristas* como exceção.

Os segundos seriam aqueles envolvidos também com o comércio de outros bens ilícitos. Mas VON LAMPE não crê que o envolvimento de *grupos criminosos* seja significativo. Nesse sentido, cita uma pesquisa que teria demonstrado que a maioria dos envolvidos no comércio ilegal de cigarros na Europa eram réus primários<sup>135</sup>. Infelizmente, não se encontram dados semelhantes para o Brasil.

Parece-nos correto, entretanto, presumir a existência de “redes estruturadas para fazer a distribuição de cigarros no atacado e no varejo”, de que falam LAGRECA & HEXSEL, o que não exige concluir que *grupos criminosos* sejam os principais responsáveis pelo mercado ilegal de cigarros, senão que fazem parte de determinadas redes, em que participam também *grupos não criminosos*. Seriam estas redes impessoais, inclusive, que viabilizariam a participação eventual ou significativa de réus primários no negócio ilícito.

*Grupos criminosos* envolvidos em mercados ilícitos são chamados *illegal firms* por FIORENTINI, que as define a partir de sua relação com os *illegal markets*<sup>136</sup>. Conforme o autor, elas estabelecem uma divisão do trabalho entre si e internamente, de um modo pacífico ou violento – sem que haja, necessariamente, uma forte integração vertical e horizontal – destinada a realizar um mercado ilícito. Eventualmente, relacionam-se também com *legal firms* atuantes num mercado ilícito.

---

<sup>135</sup> DUYNE, P. C. van (2003). Organizing Cigarette Smuggling and Policy Making Ending Up in Smoke. Crime. Law and Social Change. 39, 285-317. Citado em VON LAMPE, Klaus, op.cit., p. 150.

<sup>136</sup> FIORENTINI, Gianluca, op. cit., p. 436-439.

Seguindo as reflexões do autor, fica descartada qualquer eventual confusão entre *empresas ilegais* e o *crime organizado*, que FIORENTINI entende ser uma estrutura governamental que forneça, a pedido ou impositivamente, serviços típicos do Estado, como a garantia do cumprimento de contratos e a defesa da concorrência, de modo a assegurar a estabilidade de negócios ilícitos ou lícitos.

Nesse sentido, consideramos plausível o envolvimento significativo de *grupos criminosos*, entendidos como *empresas ilegais*, integrantes de “redes [em que participam também *empresas legais*] estruturadas para fazer a distribuição de cigarros no atacado e no varejo”. *Empresas ilegais* seriam aquelas, portanto, que se especializam no fornecimento de bens e serviços ilícitos.

CIRINO DOS SANTOS também rejeita qualquer aproximação entre o que quer se chame *crime organizado* e “empresas do mercado” ilegal. Do mesmo modo, também concebe o envolvimento de *empresas legais* com os mercados ilícitos.

“Finalmente, do ponto de vista jurídico-penal prático, o conceito de crime organizado seria desnecessário, porque não designaria nada que já não estivesse contido no conceito de bando ou quadrilha, um tipo de crime contra a paz pública previsto em qualquer código penal. Na verdade, os fenômenos atribuídos ao crime organizado seriam explicáveis pela própria dinâmica do mercado, através da constante criação de novas áreas de produção, circulação e consumo ainda não disciplinadas pela lei (por exemplo, os jogos eletrônicos, o mercado da droga etc.), ocupadas imediatamente por múltiplas empresas do mercado, cujo espectro de atividades seria constituído por ações legais e ações ilegais que, no limite, são insuscetíveis de separação entre si.”<sup>137</sup>

O envolvimento de *empresas legais* ocorre tanto no nível de distribuição, em bares onde os cigarros ilícitos são oferecidos como alternativa de preços aos cigarros legais, quanto no nível de agenciamento, onde se situa a participação da *indústria de tabaco*.

VON LAMPE acentua que o envolvimento desta última é freqüente, embora tenha decaído bastante a partir do início dos anos 2000. Até então, o fato de o esquema

---

<sup>137</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Crime organizado. Instituto de Criminologia e Política Criminal, p. 3. Disponível em [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/crime\\_organizado.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/crime_organizado.pdf). Recuperado em 01 de novembro de 2011.

de agenciamento mais comum ser aquele relacionado à exportação atestava o alto grau de envolvimento das indústrias de tabaco, que faziam vista grossa (*blind eye*) para o fato de que seus cigarros retornavam para o país de origem ou tomavam outro destino que não o devido originalmente. Mas desde o início da década passada, conforme VON LAMPE, passou a ser mais comum a contrafação (falsificação de marcas) de cigarros e a produção de marcas especialmente para o mercado ilegal (contrabando), o que correspondeu à diminuição da participação espúria da grande indústria tabagista.

## 4.2 O caso brasileiro

ARAÚJO JR.<sup>138</sup> e LAGRECA & HEXSEL<sup>139</sup> apresentam um breve histórico do mercado ilegal de cigarros no Brasil e do envolvimento da grande indústria tabagista nacional, especialmente a Souza Cruz. A seguir, sumariamos o essencial de suas exposições, revisões bibliográficas já concluídas e extremamente pertinentes ao tema desta monografia.

O primeiro autor expõe que no final dos anos 90, a Souza Cruz e a Philip Morris controlavam 90% do mercado nacional, sendo que o domínio da Souza Cruz, sozinha, variava entre 70% e 80% havia décadas.

Líderes do mercado no Brasil, Souza Cruz e Philip Morris adotaram estratégias para enfrentar o cenário antitabagista, que ganhou força desde meados dos anos oitenta. Dentre elas, como a criação do Derby pela Souza Cruz, marca que obteve grande sucesso junto às classes baixas, a principal estratégia consistiu no aumento das exportações a partir de 1990, com o que se lucrava diretamente por conta a imunidade constitucional que livra as exportações da incidência do IPI.

---

<sup>138</sup> ARAÚJO JR., José Tavares de. A Regulação da Indústria de Cigarros no Brasil. Junho de 2009. Estudo solicitado pelo Sindicato da Indústria do Fumo de São Paulo (SINDIFUMO-SP). Disponível em [http://www.ecostrat.net/cont\\_joset.html](http://www.ecostrat.net/cont_joset.html). Recuperado em 16 de outubro de 2011.

<sup>139</sup> LAGRECA, Rodrigo & HEXSEL, Astor. A política governamental de tributação de bens de consumo e seus reflexos na formação de concorrência desleal: o caso da indústria de cigarros. Apresentado no Encontro da Associação Nacional de pós-graduação e pesquisa em Administração (EnANPAD) 2005. Os autores também são responsáveis pelos seguintes estudos: Análise de dinâmicas competitivas na estratégia das indústrias de cigarros com o impacto do mercado informal. Apresentado no EnANPAD 2003; Análise de similaridades entre os padrões de concorrência desleal no Brasil e em países de alta renda: uma visão no setor de cigarros. Não conta publicação nem apresentação em Congresso; e, por fim, o estudo intitulado Concorrência desleal: concepções do processo de mobilização estratégica a partir de um estudo de caso. Revista de Administração Contemporânea, 1ª Edição Especial. 2007, pp. 11-31. Veiculada eletronicamente no endereço <http://www.anpad.org.br/>. Todos os quatro artigos estão disponíveis em <http://www.icde.org.br/artigos/>. Recuperado em 02 de novembro de 2011.

O fluxo das exportações de cigarros, segundo ARAÚJO JR, entre 1990 e 1998 saltou de US\$ de 57,3 para US\$ 607,6 milhões. O montante exportado refletia a composição do mercado interno, pois preponderava enormemente a participação da Souza Cruz e, em menor escala, da Philip Morris.

O principal destino das exportações era, direta ou indiretamente, o Paraguai, que à época importava mais do que dez vezes a capacidade de consumo da sua população, conforme ARAÚJO JR. Na verdade, grande parte dos cigarros retornava para o Brasil na forma do contrabando. A grande indústria tabagista, nas palavras de VON LAMPE, fazia vistas cegas.

O mercado ilegal de cigarros, à época, era fruto da importação da produção nacional destinada à exportação, uma espécie que formalmente adéqua-se ao crime de contrabando, mas que materialmente, como vimos<sup>140</sup>, em muito pouco se diferencia do descaminho.

O Governo, para fazer frente ao contrabando de triangulação, em 14 de dezembro de 1998, com o Decreto n.º 2.876, elevou a alíquota do Imposto de Exportação (IE) a 150%, incidente sobre cigarros destinados à América Latina e ao Caribe. Essa medida teve um impacto fulminante sobre a exportação de cigarros, que em 1999 reduziu-se de US\$ 607,3 milhões para US\$ 5,8, atingindo não mais que US\$ 26,4 quase dez anos depois, em 2008, segundo ARAÚJO JR.

Entretanto, quando o Governo brasileiro reagiu, uma ampla rede de contrabando já estava montada. Esta rede foi oportunamente aproveitada pela indústria paraguaia que, nas palavras de ARAÚJO JR, promoveu uma “substituição de importações”, produzindo então os cigarros que antes importava. Num primeiro momento, inclusive, a indústria paraguaia importava do Brasil a matéria prima e os insumos para a produção do tabaco manufaturado, cuja exportação havia sido praticamente proibida desde 1998. O Governo novamente reagiu e, em 2001, estendeu a taxa de 150% do IE “também à exportação de insumos de produção de cigarros (fumo, papel, etc.), o que jogou na ilegalidade também o suprimento de matérias primas originadas no Brasil às fábricas situadas nos países limítrofes”<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Ver Seção 2.1.1.

<sup>141</sup> LAGRECA, Rodrigo & HEXSEL, Astor. A política governamental de tributação de bens de consumo e seus reflexos na formação de concorrência desleal: o caso da indústria de cigarros. Apresentado no Encontro da Associação Nacional de pós-graduação e pesquisa em Administração (EnANPAD) 2005, p. 5. Disponível em <http://www.icde.org.br/artigos/>. Recuperado em 02 de novembro de 2011.



Tais medidas, no entanto, não reduziram o mercado ilegal. Apenas o reconfiguraram. O principal ato de agenciamento passou a ser o contrabando de cigarros cuja produção, no caso estrangeira, é especificamente proibida. Também outra medida tomada pelo Governo contribuiu com a nova composição, em que predomina essa espécie de contrabando.

Consubstanciada no Decreto n.º 3.070, de 27 de maio de 1999, ela pretendeu, segundo LAGRECA & HEXSEL, melhorar o controle fiscal do setor, em que a sonegação fiscal tornou-se uma estratégia concorrencial freqüentemente utilizada pelas pequenas indústrias<sup>142</sup>. Consistiu numa alteração da sistemática de tributação do IPI de *ad valorem*, até então aplicada, para *ad rem*.

Pode-se distinguir a tributação específica, especial ou “*ad rem*” como aquela que estabelece para cada unidade transacionada de um bem determinado uma alíquota fixa, não percentual, que varia conforme dimensões não monetárias do bem (volume, peso, tamanho etc.). Ela se diferencia da tributação “*ad valorem*”, que tributa conforme uma alíquota percentual sobre o valor da transação, isto é, sobre a dimensão monetária do bem.

A título de exemplo, suponhamos que uma garrafa de vinho custe dez reais e que sobre a sua transação recaia ou a tributação “*ad rem*”, de três reais para cada litro de vinho vendido, ou a tributação “*ad valorem*”, correspondente a 30% sobre o valor de um litro de vinho, sendo que o valor tributado é repassado ao consumidor, o que normalmente ocorre. Nesse caso, em ambas as situações o preço final do bem será o mesmo, consistente em um real e trinta centavos. Mas se os preços variarem, por causa da inflação, por exemplo, a tributação “*ad valorem*” significa a manutenção da vantagem pecuniária para o fisco e desvantagem para o contribuinte. Já no caso da tributação “*ad rem*”, se os preços variarem conforme a inflação, o fisco perde a vantagem pecuniária inicial em favor do consumidor e da indústria. Os preços também podem variar conforme o luxo do produto. Nesse sentido, a tributação “*ad valorem*” acompanha o valor da transação e tributa mais aqueles que preferem e podem pagar por um bem mais caro, mais luxuoso. Por outro lado, é justa com aqueles que só podem pagar pelo mais barato. Já a tributação “*ad rem*”, na medida em que abstrai a expressão monetária do bem, favorece aqueles que podem comprar produtos de luxo e desfavorece os que pagam por produtos mais baratos.

---

<sup>142</sup> LAGRECA, Rodrigo & HEXSEL, Astor, op. cit, p. 7.

XAVIER relata, didática e sinteticamente, a introdução do Decreto n.º 3.070/99 no ordenamento jurídico nacional<sup>143</sup>. Conforme o autor, a Lei n.º 7.798/89 instituiu um regime de tributação específica do IPI sobre bebidas. Essa mesma Lei previu no artigo 1º, § 2º, *b* que o Poder Executivo poderia “excluir ou incluir outros produtos” naquele regime tributário. Foi o que Decreto n.º 3.070/99 estabeleceu para os cigarros, definindo os valores dos impostos expressos em termos fixos conforme classes de marcas<sup>144</sup>.

Desde a Lei n.º 4.502/64 (Cap. 24, Seção VII, da TIPI, anexa à Lei), a base de cálculo do IPI incidente sobre os cigarros consistia num “percentual sobre o preço de venda no varejo”. Com o Decreto n.º 1.593/77 (art. 4º, I), este percentual passou a ser fixado pelo Poder Executivo. No uso dessa competência, o último Decreto editado para estabelecer esse percentual é o s/nº, de 13 de junho de 1991, que o fixava em 12,5%. Sobre este percentual, até a mudança do regime aplicava-se a alíquota de 330%, estabelecida pelo Decreto n.º 630, de 12 de agosto de 1992<sup>145</sup>, resultando na alíquota efetiva de 41,25% sobre o preço no varejo. Segundo XAVIER:

<sup>143</sup> XAVIER, Alberto. Constitucionalidade do regime tributário do IPI sobre cigarros do Decreto n.º 3.070/99, p. 22-53, *in* Tributação Específica. Coordenador Hamilton Dias de Souza. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 22-24.

<sup>144</sup> Atualmente, o Decreto n.º 3.070/99 encontra-se revogado e matéria antes por ele regulada está inserida no atual Regulamento do IPI, Decreto n.º 7.212/2010, cujo artigo 213 estabelece as seguintes classes de cigarros: “Art. 213. As marcas comerciais de cigarros passam a ser distribuídas em quatro Classe, observadas as seguintes regras para o respectivo enquadramento: I - Classe IV: marcas apresentadas em embalagem rígida e versões dessas mesmas marcas em embalagem maço, de comprimento superior a oitenta e sete milímetros; II - Classe III: marcas apresentadas em embalagem rígida e versões dessas mesmas marcas em embalagem maço, de comprimento até oitenta e sete milímetros; III - Classe II: outras marcas apresentadas em embalagem maço, de comprimento superior a oitenta e sete milímetros; e IV - Classe I: outras marcas apresentadas em embalagem maço, de comprimento até oitenta e sete milímetros.” No artigo 212 do Decreto n.º 7.212/2010 (Regulamento do IPI), consta que os produtos de fabricação nacional, classificados no Código 2402.20.00 da TIPI, ficam sujeitos ao imposto fixado em reais, por vintena, conforme estabelecido na NC (24-1) da TIPI (aprovada como anexa do Decreto n.º 6.006 de 2006), onde consta:

Classes	Valor (reais/vintena)
I	0,764
II	0,900
III – Maço	1,004
III – Rígido	1,135
IV – Maço	1,266
IV – Rígido	1,397

Por fim, o enquadramento das marcas em cada uma das classes é fiscalizado e divulgado pela Secretaria da Receita Federal, conforme o artigo 219 do Decreto n.º 7.212/2010 (Regulamento do IPI), e nos termos da Instrução Normativa SRF n.º 753, de 10 de julho de 2007, em parte revogada pelo atual Regulamento do IPI.

<sup>145</sup> XAVIER discute se a inclusão dos cigarros no regime de tributação específica, feita mediante Decreto do Poder Executivo, implicou em mudança de sua base de cálculo, o que a atual Constituição não admite (art. 146, III, *a*). A base de cálculo, que consiste na expressão quantitativa da hipótese de incidência tributária, pode ser expressa monetariamente ou não. O novo esquema de tributação de cigarros leva em

“Foi, pois, com o Decreto n.º 3.070/99 que se abandonou, pela primeira vez, a sistemática de tributação dos cigarros sobre um valor percentual calculado sobre o preço de venda no varejo, para se adotar um mecanismo em que o preço de venda no varejo funciona como limite da tributação efetiva, a qual se passou a operar em bases fixas.”<sup>146</sup>

Em que pese às críticas que possam ser feitas, já que a tributação *ad rem* não resguarda a vantagem do fisco, no caso de inflação, nem respeita a capacidade contributiva do contribuinte, no caso de o preço do produto variar conforme o seu luxo, a nova sistemática, conjugada à aplicação dos selos fiscais, facilitou o controle fiscal do setor, inviabilizando o subfaturamento da produção nacional. Assim, o contribuinte só ilude o fisco no caso falsificar os selos, o que é facilmente identificável.

Esta nova medida incrementou o mercado ilegal por duas razões, relacionadas à migração da *economia informal* (RUGGIERO) para a *economia criminal* (RUGGIERO).

Primeiro, porque a aposição de selos fiscais falsificados, que torna os cigarros ilícitos, tornou-se a condição da sonegação fiscal, entrelaçando inseparavelmente um típico caso de *economia informal* com um não tão freqüente, mas existente, caso de *economia criminal*, a “aposição de selos fiscais falsificados”.

Segundo, porque a adoção da alíquota *ad rem* aprofundou o desequilíbrio concorrencial no setor, estimulando algumas das pequenas empresas a optar por realocarem suas plantas produtivas no Paraguai, em vez de insistirem na sonegação fiscal, que desde então também assumiu conseqüências graves.

---

conta as dimensões do produto, como a rigidez da embalagem e o tamanho dos cigarros, e não um “percentual sobre o preço de venda no varejo”. Isso significaria, a princípio, uma mudança na base de cálculo do IPI sobre cigarros. Mas o autor discorda, pois entende que o Decreto presidencial n.º 3.070/99 alterou somente a alíquota do imposto, o que a Constituição faculta ao Executivo (153, § 1º). Apesar de expressamente adotar uma nova base de cálculo, implicitamente manteve-se a base de cálculo anterior, que foi respeitada como limite da tributação efetiva, cujo valor passou a ser apurado numa base de cálculo diferente, mas usada meramente a título de técnica de tributação. Desse modo, segundo o autor, não foram violados nem o dispositivo constitucional que prevê a alteração da base de cálculo dos tributos somente por meio de Lei complementar (art. 146, III, *a*), nem a Lei n.º 7.798/89, em cujo regime foi incluída a tributação (IPI) de cigarros e que no artigo 1º, § 1º, determina que os valores fixos devem respeitar um limite consistente no “que resultaria da aplicação da alíquota a que o produto estiver sujeito na TIPI sobre o valor tributável”, que no caso dos cigarros, continua a ser o resultado da aplicação de uma alíquota *ad valorem* (330%) sobre um percentual sobre o preço de venda no varejo (12,5%), limite que tem sido respeitado.

<sup>146</sup> XAVIER, Alberto, op. cit., p. 32.

A novo regime estrangulou as pequenas empresas. LAGRECA & HEXSEL demonstram que, por conta da tributação *ad rem*, o IPI passou a incidir desproporcionalmente sobre os cigarros mais baratos, responsáveis pela receita das minoritárias. Com baixo valor agregado às suas marcas, sempre lhes restou unicamente a competição via preços. Mas o novo cenário tornou inviável a estratégia com que até então haviam sobrevivido. E sem capacidade para competir com as marcas dominantes, muitas foram à bancarrota. Sobre o desequilíbrio concorrencial que passou a perturbar o setor, os autores nos remetem às conclusões da CPI da Pirataria.

“A publicação do Relatório da CPI da Pirataria (CAMÂRA FEDERAL, 2004) corrobora a circunstância acima, reafirmando que uma consequência importante da tributação *ad rem* é perda da relação entre o tributo e o valor tributável que se costuma praticar, fazendo com que, na prática, os produtos mais baratos paguem impostos mais altos. A publicação destaca ainda que “as pequenas empresas, dada à elevada carga tributária, tenderão a sonegar; as grandes tentarão esmagar a concorrência com seu poder de mercado” (CÂMARA FEDERAL, 2004, p.50)”.<sup>147</sup>

O agigantamento das já enormes empresas líderes deve-se a um fato muito simples, conforme ARAÚJO JR.

“Embora as alíquotas específicas tenham estabelecido um piso para os preços, e inviabilizado a concorrência entre as marcas mais baratas, a redução da carga fiscal permitiu que Souza Cruz e Philip Morris continuassem a praticar preços módicos nas classes de cigarros mais caros, onde as pequenas empresas não atuavam”<sup>148</sup>.

LAGRECA & HEXSEL relatam a migração de empresas brasileiras para o Paraguai expondo o Relatório da CPI da Pirataria, que informa que o movimento teria ocorrido pelos seguintes motivos, à época da CPI, em 2004:

---

<sup>147</sup> LAGRECA, Rodrigo & HEXSEL, Astor, op. cit., p. 9.

<sup>148</sup> ARAÚJO JR., José Tavares de, op. cit., p. 7.

"1. Menor carga tributária: o imposto lá representa em torno de 15% do custo do fabricante, resultando em cerca de 1,5% ao ser contrabandeado ao Brasil;

2. Incentivo fiscal: são concedidos cinco anos de isenção de imposto de renda e isenção de imposto sobre importação de máquinas a quem quiser lá investir;

3. Relações trabalhistas: a maior parte das empresas não possui vínculo com os trabalhadores, não existindo assim garantias sociais ou contrato de trabalho;

4. Ações de repressão: praticamente inexistem no país, principalmente nas atividades entre fronteiras.”<sup>149</sup>

O principal efeito do novo regime sobre a indústria foi então, segundo os autores, o desequilíbrio concorrencial, o que estimulou a sonegação fiscal e o ingresso na cadeia produtiva que alimenta o contrabando de cigarros. Contraditoriamente, acarretou para o fisco perdas semelhantes as que pretendia evitar com a aplicação da nova sistemática.

Em síntese, algumas empresas continuaram a sonegar tributos, agora através da falsificação de selos, e outras se transplantaram para o Paraguai, onde tem o início o contrabando. Em todo caso, constata-se uma migração no interior da *economia oculta* de cigarros, da *economia informal*, em que há o emprego de meios ilegais para comercializar cigarros legais, para a *criminal*, em que os cigarros comercializados são ilícitos e, em decorrência disso, os meios empregados em sua produção também o são.

O contrabando de cigarros especificamente proibidos consolida-se como a principal forma de agenciar cigarros para o mercado ilegal. As duas tabelas abaixo dão uma dimensão do mercado ilegal de cigarros atual e da participação do contrabando em sua composição<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> Os autores referem-se à CAMÂRA FEDERAL. Comissão Parlamentar de Inquérito – **Relatório da CPI da Pirataria**. Centro de Documentação e Informação – CEDI. Coordenação de Publicações – CODEP. Brasília, 2004.

<sup>150</sup> Daiani da Silveira et al. Anuário brasileiro do tabaco 2010, pp. 145. Disponível [http://www.anuarios.com.br/port/versao\\_pdf.php?idEdicao=91&idAnuario=34#](http://www.anuarios.com.br/port/versao_pdf.php?idEdicao=91&idAnuario=34#). Recuperado em 10 de novembro de 2011.

Fora da Lei	
Participação de produtos ilegais no mercado brasileiro de cigarros	
Ano	Participação
2009	26,5 %
2008	27,1 %
2007	28,7 %
2006	29,2 %
2005	30,3 %
Fonte: Souza Cruz/Pesquisa de Mercado	

A fonte	
A origem dos cigarros ilegais no Brasil em 2009	
Evasão fiscal	11,4 %
Contrabando	14,4 %
Falsificação	0,7 %
Total	26,5 %
Volume	31 bilhões de unidades
Fonte: Souza Cruz/Pesquisa de mercado	

Perceba-se que na pesquisa a “evasão fiscal”, que aparece em dimensão equiparável a do contrabando, é encarada como hipótese de origem de cigarros ilegais. É que a pesquisa obviamente não emprega os mesmos conceitos desenvolvidos neste trabalho, segundos os quais somente a sonegação dos tributos aduaneiros (descaminho) e do IPI, que exige a falsificação de selo fiscal e sua posterior aposição ao bem, são hipóteses de agenciamento de cigarros ilegais, isto é, da *economia criminal* (RUGGIERO) de cigarros. Os demais casos de sonegação fiscal constituiriam a *economia informal* (RUGGIERO) de cigarros, não menos significativa, mas inconfundível com a espécie anterior, já que esta segunda modalidade de *economia oculta* não contamina de ilicitude os bens que negocia.

Não há como saber se em “evasão fiscal” está incluída aposição de selos fiscais (referentes ao IPI) falsificados, ou se esta hipótese foi simplesmente ignorada. Tampouco é possível saber se o descaminho é encarado como contrabando, por força

dum certo hábito, como “evasão fiscal”, em razão de uma técnica jurídica lacunosa, ou do mesmo modo tenha sido ignorado.

Apesar dessas possíveis distorções provocadas pela inadequação da base dos referidos dados com os nossos pressupostos, pode-se asseverar que certamente o grosso do mercado ilegal de cigarros é alimentado pelo contrabando de cigarros. Nesse sentido, a mesma Souza Cruz afirma que em média, nos últimos anos, tem ingressado no Brasil em torno de 19 bilhões de unidades de cigarros paraguaios contrabandeados <sup>151</sup>.

Os autores consultados destacam que o principal fator concorrente para a existência do mercado ilegal de cigarros é o mesmo que explica suas hipóteses de agenciamento mais freqüentes, que são o descaminho e o contrabando, este em qualquer das modalidades estudadas neste trabalho. Tal fator consiste na disparidade entre a carga tributária vigente em distintas jurisdições.

Dos tributos aplicáveis aos cigarros no Brasil, alguns deles, como o IPI, estão sujeitos ao princípio da não cumulatividade, que explica porque o preço final dos cigarros brasileiros é determinado, em grande parte, pela carga fiscal incidente sobre ele. O princípio da não cumulatividade determina que os impostos ou contribuições sociais a ele submissos (artigos 153, §3º, II, 155, §2º, I e 154, I combinado com 195, § 4º da CF) incidam somente sobre o valor agregado em cada etapa da produção ou circulação do bem, impedindo que incidam cumulativamente (ou em “cascata”) na cadeia produtiva. Para operacionalizar o princípio, a Constituição adota a sistemática da compensação. O contribuinte de direito (sujeito passivo da obrigação tributária, conforme art. 121, § 1º, I do CTN), embutindo no valor do produto os tributos que pagou, os repassa ao próximo agente da cadeia produtiva, que por sua vez compensa os tributos já pagos e repassa os que pagou para o próximo agente, e assim sucessivamente. Ao fim, quem arca com o tributo é o consumidor do bem, chamado “contribuinte de fato”, razão pela qual tais tributos são chamados “indiretos”. O consumidor é “contribuinte de fato” porque, apesar de não ser responsável por recolher o tributo, é quem efetivamente o suporta. Dentre esses tributos sujeitos a não cumulatividade está o IPI, cuja alíquota exorbitante incidente sobre cigarros é a principal causa dos preços caros.

---

<sup>151</sup> Souza Cruz. Primeiro Trimestre de 2010. Disponível em [http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou\\_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9PFC/\\$FILE/medMD89JPMT.pdf?openelement](http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9PFC/$FILE/medMD89JPMT.pdf?openelement). Recuperado em 15 de novembro de 2011.

A imposição de tributos indiretos com alíquotas muito altas é a medida fiscal mais recomendada no cenário internacional para desestimular o consumo de tabaco. Entretanto, a falta de coordenação das políticas fiscais de diferentes países pode neutralizar o efeito desejado com aplicação de uma carga fiscal exorbitante, na medida em que estimula a formação de mercados ilegais internacionais.

Quando o principal mecanismo que alimentava o mercado ilegal era o “contrabando-quase-descaminho de triangulação”, a grande indústria tabagista se esquivava de qualquer responsabilidade pelo fato com o qual lucrava indiretamente. Afirmava que a causa do contrabando – a disparidade acentuada entre as cargas fiscais do Brasil e do Paraguai – era provocada pela alta tributação no Brasil, e não pela incipiente atuação fiscal paraguaia. Com esse argumento, pressionava o Governo para que reduzisse a carga fiscal interna.

Segundo ARAÚJO JR, com o Decreto n.º 3.070/99 o Governo Federal, ainda que implicitamente, foi *cooptado* pela Souza Cruz, ao reduzir a carga tributária brasileira – à época consistente em 41,25% só de IPI sobre o preço do cigarro no varejo –. A alteração da sistemática de tributação provocou imediatamente a queda no preço médio dos cigarros, numa ordem de 20%, em termos reais, entre 1998 e 2001, contrariando as políticas antitabagistas dirigidas exemplarmente pelo Ministério da Saúde. Em 2002 no Brasil, diz o autor referindo-se a uma pesquisa realizada por LAL e SCOLLO<sup>152</sup>, o preço médio praticado foi um dos mais baixos do mundo incluindo 30 países, sendo o que preço mais alto listado era o da Inglaterra, de 6,33 dólares, e o mais baixo o da Indonésia, de 0,43 dólares. O do Brasil marcava, àquela época, 0,57 dólares.

A arrecadação do IPI sobre cigarros, por sua vez, “sofreu uma redução de 47%, em termos reais, entre 1998 e 2003”, razão pela qual nesses anos a grande indústria obteve “um benefício fiscal anual da ordem de R\$ 1,1 bilhão para a Souza Cruz, e de R\$ 200 milhões para a Philip Morris”<sup>153</sup>. O setor de cigarros, que nos anos 80 contribuía com 0,4% do PIB, nos anos 90 teve sua participação reduzida para 0,28% do PIB, conforme expõem LAGRECA & HEXSEL.

A redução do IPI, no entanto, não contribuiu para a diminuição do contrabando, pois os preços dos cigarros paraguaios permaneceram muito menores, segundo ARAUJO JR. Além disso, como explicamos acima, a indústria paraguaia soube fazer

---

<sup>152</sup> O autor refere-se à Lal, A., e Scollo, M. 2002. “Big Mac Index of Cigarette Affordability”, Tobacco Control, Vol. 11, pp. 280-282.

<sup>153</sup> ARAÚJO JR., José Tavares de, op. cit., p. 5.



sua oportuna “substituição de importações”, potencializada com a imigração de empresas brasileiras que fugiram do ambiente concorrencial hostil.

Desde então, os tributos incidentes sobre cigarro no Brasil só tem aumentado, e do mesmo modo seu preço final no varejo. Esta mudança, porém, não tem sido acompanhada pelo Paraguai. Esta disparidade entre as cargas fiscais é, na opinião dos autores, a principal causa do mercado ilegal de cigarros no Brasil.

LAGRECA & HEXSEL, bem como ARAUJO JR, afirmam que o enfrentamento penal dos mercados ilegais de cigarros, que envolvam descaminho e contrabando, é muito pouco eficiente se comparado à redução das diferenças fiscais entre distintos Estados.

O enfretamento do mercado ilegal com fiscalização e punição (pela polícia e pelo judiciário) faz com que os custos de seus agentes aumentem e, por conseqüência, que seus lucros caiam. Entretanto, em todo mercado ilegal, existe um ponto ótimo entre custos despendidos com esforço para o cumprimento da lei e um nível determinado de atividade. Como demonstra Gary BECKER, o custo de extinguir uma economia ilícita despendendo esforços de fiscalização e punição pode ser muito maior do que o de tolerá-la em certos níveis, o que acaba ocorrendo na prática.

ARAUJO JR, que denuncia a solução falaciosa proposta pela Souza Cruz, aponta que o remédio é aumentar progressivamente a carga tributária paraguaia, e não reduzir a brasileira, até o ponto em que ambas se equalizem. Segundo o autor, só isso é compatível com as políticas antitabagistas atuais. Para operacionalizar sua proposta, o autor propõe que o Brasil recorra ao Tratado do MERCOSUL, que prevê o esforço de equalização das políticas fiscais.

A medida apontada pelos autores é ainda mais eficaz se considerarmos a escassez de recursos disponíveis para fiscalização das fronteiras e a extensão dessas, dois elementos que afetam sensivelmente um país como o Brasil.

Outros fatores concorrentes para existência da *economia subterrânea* ou *oculta* como um todo e dos mercados ilícitos em particular é que constituem uma estratégia de sobrevivência, seja para classes subalternas ou para classes dominantes.

Dentre as teses criminológicas e econômicas que postulam a relação entre economia e crime, algumas a encaram como uma relação ampla – economia e criminalidade em geral –, e outras como uma relação estreita – economia e aquela criminalidade que, em particular, admite uma motivação econômica imediata. E dentre essas últimas, ainda é possível diferenciar as que se orientam pelo conceito de classe, de

modo que permitem entrever a *criminalidade* das classes dominantes, por um lado, e *criminalidade* das classes subalternas, por outro.

Nosso objetivo não é exaurir o tema. Aliás, subtraímos esta breve diferenciação, que nos permite situar os autores que introduziremos resumidamente a seguir, do Manual de Criminologia Comparada, de Hermann MANNHEIM<sup>154</sup>, e dum artigo de SAPORI & WANDERLEY, em que buscam classificar as diferentes abordagens econômicas da criminalidade<sup>155</sup>.

Dentre as teorias orientadas pelo conceito de classe e, simultaneamente, por um ponto vista econômico, destacam-se a marxista e a de SUTHERLAND. E das abordagens econômicas que não se norteiam pelo conceito de classe destaca-se a teoria econômica do crime, iniciada com Gary S. BECKER<sup>156</sup>. Todas elas, em alguma medida, conferem à criminalidade o *status* de estratégia de sobrevivência, embora a primeira delas enfoque as classes subalternas, a segunda as classes dominantes, e a terceira apenas o indivíduo.

Esta última tese pressupõe um indivíduo racional e “econômico” por trás de toda decisão de praticar ou não um crime. Conforme Cento Veljanoski:

“A abordagem econômica do crime se baseia na hipótese de que criminosos, vítimas e administradores da lei são racionais, isto é, todos eles reagem de modo previsível a mudanças nos custos e benefícios que os afetam. A decisão de praticar um crime não difere em essência da decisão sobre a escolha de um emprego. Um indivíduo se envolve numa atividade criminosa porque obtém um fluxo de benefícios líquidos maiores do que conseguiria na utilização legítima de seu tempo e esforço. ‘As pessoas se convertem em criminosos’ diz BECKER, ‘não porque suas motivações básicas diferem das motivações das demais pessoas, mas porque seus custos e benefícios diferem’.”<sup>157</sup>

A teoria econômica do crime apresenta as razões econômicas como “causa imediata” da criminalidade. Mas conforme Pery SHIKIDA, não de toda a criminalidade,

---

<sup>154</sup> MANNHEIM, Hermann. Criminologia Comparada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965, quarta parte, pp. 685-911.

<sup>155</sup> SAPORI, Luís Flávio e WZNDERLEY, Cláudio Burian. A relação entre desemprego e violência na sociedade brasileira: entre o mito e realidade in A violência do cotidiano. Cadernos Adenauer, Ano II, 2001, n.º 1. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, março 2001.

<sup>156</sup> Ver seu mais conhecido artigo sobre o tema in BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. Journal of political economy. v. 76, n. 01, 1968, pp.169-217.

<sup>157</sup> VELJANOVSKI, Cento. A Economia do Direito e da Lei. Instituto Liberal: São Paulo, 1994, p. 73.

senão daquela que possa ser classificada como criminalidade lucrativa, que diz respeito aos crimes que “objetivam tão somente a apropriação de recursos econômicos, ou seja, de ganhos pecuniários, usando ou não o atributo da violência” <sup>158</sup>.

Na criminologia marxista, conforme SAPORI e WANDERLEY o “crime é concebido, assim, em boa medida, como uma estratégia de sobrevivência por parte das classes dominadas” <sup>159</sup>. E cita em seguida a opinião de Quinney, para quem “um dos principais mecanismos geradores de criminalidade reside no fato de que o capitalismo necessita de um ‘exército industrial de reserva’”.

O pleno emprego keynesiano, impossível no longo prazo ou em escala mundial, atenuou conjunturalmente o desemprego. Mas faliu e legou-nos o desemprego crônico e massivo, adiável, mas inevitável no capitalismo. Agora inchado, o exército de reserva renuncia à disputa por empregos formais e empreende novas estratégias de sobrevivência. Ingressa na *economia subterrânea* (FEIGE) para prover sua existência.

O tráfico de drogas, o contrabando de cigarros, a pirataria etc. não são deslizes acidentais na vida do indivíduo. Aqueles que se engajam nessas atividades o fizeram como estratégia de sobrevivência na pobreza. Sem se subordinarem ao trabalho assalariado, escasso ou de remuneração insatisfatória, buscam alternativas para garantirem sua existência, dedicando toda ou parte de sua força produtiva às atividades ilegais. Insistem na desviança, porque afinal não lhes resta alternativa: subordinar-se à produção legal, ao trabalho assalariado, é impossível, porque o trabalho lhes foi negado, ou é indesejável, pois não proporciona ascensão social. Assemelham-se aos trabalhadores da *economia informal* (RUGGIERO), que também recorrem às alternativas de sobrevivência na pobreza para produzirem suas próprias vidas (trabalhadores por conta própria em geral, “carrinheiros”, flanelinhas etc.); mas, diversamente, aqueles optaram por estratégias criminalizadas.

Apesar da repressão contra tais delitos, uma massa de indivíduos continua a auferir suas vidas da economia do crime. E não obstante o fracasso da estratégia hegemônica repressiva, o Estado insiste nela. A economia do crime, no entanto, não cede facilmente.

---

<sup>158</sup> SHIKIDA, Pery F. A. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review*, V. 1, nº 2, p. 324-344, Jul-Dez, 2010, p. 325.

<sup>159</sup> SAPORI, Luís Flávio e WZNDERLEY, Cláudio Burian, op. cit., p. 47. O autor remete esta formulação a OLIVEN, Ruben George. A violência como mecanismo de dominação e como estratégia de sobrevivência. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, 23 (3). Rio de Janeiro, Iuperj, 1980, p. 371-376.

Segundo RUGGIERO, a criminologia marxista pretendeu formular uma causa universal para o crime, consistente na “tese da escassez”, que se provou falha. Independente de seu juízo sobre a criminologia marxista, que RUGGIERO parece reduzir a qualquer vertente vulgar que dela tenha se originado, ele aponta para um fato notável. Imagine-se com autor, por exemplo, que pelo motivo oposto ao que move a criminalidade convencional, típica das classes subalternas, é que é movida a criminalidade corporativa. Se naquela é a falta de recursos que impulsiona o agente, nesta é a abundância de recursos que viabiliza e estimula o crime. Com base neste fato, o autor descreve a existência de uma “causalidade que se anula constantemente” ou “causalidade de opostos”, que “coloca dúvidas na adequação da criminologia em busca de causas universais do crime” <sup>160</sup>.

Para RUGGIERO, SUTHERLAND foi o primeiro autor, que com proeminência, demonstrou que o oposto, a abundância de recursos, também é causa de crimes, apresentando um elemento a ser considerado em qualquer tese que relacione crime à economia. A definição de SUTHERLAND para os crimes do colarinho branco contém, segundo Hermann MANNHEIM, cinco elementos: “a) é um crime; b) cometido por pessoas respeitáveis e c) com elevado status social; d) no exercício da sua profissão” que “constitui, normalmente, uma violação da confiança” <sup>161</sup>. MANNHEIM problematiza os elementos “pessoas respeitáveis”, “de elevado status social” e “com violação da confiança” contidos no conceito seminal de crimes do colarinho branco. Admite, entretanto, como muito precisos aqueles que o definem como crime, segundo a lei penal, cometido no exercício de uma profissão.

SUTHERLAND fala, obviamente, de crimes cometidos no exercício de profissões lícitas, o que insere os crimes de colarinho branco na definição que RUGGIERO apresenta para *economia informal*, a produção e distribuição de bens lícitos por meios ilícitos. Embora a maioria dos “profissionais”, manuais ou intelectuais, não sejam pessoas “de elevado status social”, senão trabalhadores quase sempre mal remunerados, o emprego de meios ilícitos de que lançam mão – crimes como a sonegação fiscal – no comércio de bens lícitos denota ao menos que estão a serviço do interesse daqueles que pagam seus salários, os setores sociais dominantes. Nesses termos, os estudos empíricos de SUTHERLAND permitiram entrever quão significativo

---

<sup>160</sup> RUGGIERO, Vincenzo, op. cit., p. 7.

<sup>161</sup> MANNHEIM, Hermann, op. cit., p. 725.

é o envolvimento das classes dirigentes, no exercício de seu poder econômico e em função dele, com a *economia oculta*.

No que tange ao setor lícito de cigarros, como já dito, abunda a sonegação fiscal, especialmente como estratégia concorrencial para as pequenas empresas do ramo. Mas sua relação com a *economia oculta* não se limita à *economia informal*. Dentre as pequenas empresas, por exemplo, algumas migraram para o mercado ilegal, instalando-se no Paraguai. Vimos, aliás, quão significativa foi especialmente a atuação da grande indústria tabagista nacional para a configuração do mercado ilegal de cigarros nos anos noventa, quando aumentou irresponsavelmente suas exportações para vencer as políticas antitabagistas e, em seguida, se esquivava fazendo vistas grossas para o comércio ilegal com o qual lucrava.

Essa relação incestuosa produziu a criminalização dos pequenos gestores e trabalhadores (e eventualmente dos consumidores) do mercado ilegal, mas nada implicou para aqueles que mais lucraram com ela.

A economia subterrânea, e mais especificamente os mercados ilegais e, dentre esses, aqueles que ofertam bens também encontrados nos mercados lícitos (como cigarros, eletrônicos etc.), também são uma estratégia para o consumo. Nesse sentido, LAGRECA & HEXSEL afirmam que também concorrem para a existência do enorme mercado ilegal de cigarros brasileiro o baixo poder aquisitivo do consumidor brasileiro.

Enfim, vislumbra-se uma cumplicidade de fins/valores entre os produtores/consumidores legais e os ilegais, e não um dualismo maniqueísta “bem (sociedade) x mal (o “mundo do crime”)”.

Do ponto de vista das classes subalternas, os mercados ilegais representam mais uma estratégia de vida num contexto de completo abandono da promessa de pleno emprego. Do ponto de vista das classes dominantes, podem constituir uma estratégia concorrencial, seja frente às demais empresas do setor ou frente às políticas governamentais. E do ponto de vista do consumo, os mercados ilegais satisfazem um enorme contingente de consumidores pobres, que não desejam mais que usufruir dos mesmos valores do restante da sociedade.

## Algumas conclusões

Desse trabalho resultou uma definição aproximada de mercado ilegal, em geral, e de mercado ilegal de cigarros, em particular, espécie exemplar daquela primeira conceituação genérica. Para elaborarmos tal síntese, confrontamos FEIGE, RUGGIERO, CLEMENTE & WELTERS e VON LAMPE.

Concluimos que mercado ilegal é o agenciamento e a distribuição de bens ilícitos (coisas materiais), entendidos como produtos imediatos do crime, isto é, criadas ou adquiridas mediante a prática de um delito.

O agenciamento e a distribuição são níveis anatômicos de qualquer mercado, lícito ou ilícito. O agenciamento corresponde ao modo pelo qual um determinado bem surge para um mercado. Nos mercados lícitos, consiste sempre na produção do bem. Nos mercados ilícitos, porém, pode corresponder não a produção, mas a um ato de circulação, consistente numa expropriação.

No primeiro caso, é o próprio bem (ou sua própria natureza) que é proibido enquanto que no segundo não, motivo por que a sua produção é lícita. Os bens cuja produção é penalmente proibida são *a priori* ilícitos, os demais somente serão ilícitos *a posteriori*. Estes, embora “nasçam” lícitos, tornam-se ilícitos porque foram expropriados. Nesse caso, o que é proibido não é o bem, mas um modo determinado de se apropriar de quaisquer bens *a priori* lícitos, o que permite concluir que são apenas genericamente proibidos, a exemplo de bens roubados, furtados, descaminhados, falsificados etc.

Os bens especificamente proibidos são absoluta ou relativamente proibidos. A vedação é apenas relativa quando a Lei estabelece determinadas condições que, se atendidas, autorizam a produção do bem. Exemplo de proibição absoluta é a que recai sobre as drogas, sendo os cigarros um exemplo de bens cuja produção é apenas relativamente proibida ou, o que é mesmo, relativamente permitida.

A produção de um bem especificamente proibido ou, o que é o mesmo, a produção proibida de um bem, pode ser nacional ou estrangeira. Nessa última situação, o agenciamento do bem só se perfaz com a sua importação. Em regra, se o bem é absolutamente proibido, a sua importação dá-se o nome de tráfico internacional, e se relativamente proibido, de contrabando, genérico ou especial, a depender de o crime respectivo estar previsto no artigo 334 do Código Penal ou em qualquer outro dispositivo, do Código ou de Lei esparsa.

O nível de distribuição, por sua vez, corresponde ao percurso que a coisa descreve do seu agenciamento até sua aquisição pelo consumidor final. Subdivide-se no atacado e no varejo do bem. O atacado é o momento das transações de grande escala, do armazenamento e do transporte para o comércio. O varejo é o das transações finais, de pequena escala, com o consumidor.

Cada hipótese ou esquema de agenciamento corresponde a um tipo específico de crime. As hipóteses de distribuição (atacado e varejo), por seu turno, podem enquadrar-se ou no mesmo tipo penal que criminaliza a hipótese de agenciamento (v.g. drogas), ou num dispositivo específico e distinto, consistindo nesse caso ou no crime de receptação genérica do artigo 180 do Código Penal, ou numa modalidade especial de receptação, isto é, definida fora do artigo 180.

Para a existência de um mercado ilícito, é necessário e suficiente que apenas o ato de agenciamento do bem seja tido como crime. Eis a razão. O que define um mercado como ilícito é a ilicitude do bem que comercializa e essa, por sua vez, depende de o bem ser ou não produto imediato de crime, isto é, coisa criada ou adquirida com a prática do delito. Uma vez que o ato de agenciamento é o que inaugura um mercado, criando (produção) ou adquirindo (circulação) o bem a se comercializar, é da sua criminalização ou não que depende a licitude da coisa agenciada e, portanto, a licitude do mercado que inaugura. Nesses termos, os atos de distribuição, subseqüentes ao agenciamento, podem ou não ser criminalizados: o legislador pode se esquecer de tipificar uma conduta específica do atacado, pode descriminalizar um ato específico, como o consumo, ou pode inserir no tipo um elemento que dificulte a sua aplicação concreta. Aliás, para que se considere crime um ato de um mercado ilegal, pertença ele a qualquer de seus níveis, não é necessário que o legislador insira no tipo penal qualquer exigência de finalidade lucrativa, embora esse intuito seja inerente a qualquer mercado e às vezes seja levado em conta para agravar ou aumentar a pena do agente.

Se a criminalização do ato de agenciamento é o que define a ilicitude de um mercado, o que caracteriza um mercado mesmo, lícito ou ilícito, é a atividade que visa à transação de um bem. Porém, nem toda transação descrita como crime pode ser considerada como pertencente a um mercado ilegal, mas somente aquelas que importam em ganhos consentidos, isto é, que ocorram num contexto de oferta e procura. Transações fraudulentas (v.g. delitos contra o consumidor, estelionatos etc.) não se enquadram num mercado ilegal porque possuem vítimas, entendidas como aquelas que podem ir a juízo e, alegando a sua condição de vítima, obterem a reparação civil dos

danos contra o ofensor, agente da oferta fraudulenta do bem. Assim, uma transação típica de um mercado ilegal é a aquela em que o fornecedor do bem está em equilíbrio com o consumidor, que sabe ou deveria saber da ilicitude da coisa que quer adquirir.

No que se refere ao mercado ilegal de cigarros em particular, seu agenciamento pode consistir tanto num ato de **(a)** produção quanto de **(b)** circulação. No primeiro caso, trata-se de uma modalidade concreta de contrabando, que nomeamos **(a.1º)** “contrabando de cigarros proibidos”, e do delito que designamos por **(a.2º)** “inclusão de substância nociva à saúde”. No segundo, consistem nos delitos por nós chamados **(b.1º)** “contrabando-quase-descaminho de triangulação”, **(b.2º)** “descaminho de cigarros”, **(b.3º)** “contrafação de cigarros” e **(b.4º)** “não aplicação de selos fiscais ou aplicação de selos fiscais falsificados”.

Os primeiros dois esquemas de agenciamento de cigarros derivam da violação de obrigações estabelecidas pela RDC ANVISA n.º 90/07. É em relação a estas obrigações que os cigarros são específica e relativamente proibidos.

**(a.1º)** O contrabando é importação de mercadoria estrangeira proibida, conforme o artigo 334, *caput*, do Código Penal. O “contrabando de cigarros proibidos” consiste na importação da produção estrangeira de cigarros, proibida no artigo 20 daquela Resolução porque não autorizada na forma do registro de marcas, que é obrigatório conforme o artigo 3º.

**(a.2º)** A “inclusão de substância nociva à saúde” corresponde ao delito do artigo 278 do Código Penal e é a única hipótese em que a produção nacional de cigarros pode ser criminalizada, incluindo substância nociva na fabricação de cigarros. A ocorrência do crime depende da verificação concreta, mediante laudo pericial, da violação das condições sanitárias estabelecidas na RDC n.º 90 e não simplesmente da falta de registro da marca, como ocorre com a criminalização da produção estrangeira importada. A produção nacional não autorizada está sujeita somente a sanções administrativas do art. 29 da RDC ANVISA n.º 90 combinado com o artigo 10, XXXV da Lei n.º 6.437/77.

Os quatro esquemas seguintes correspondem a um modo de circulação proibido, consistente numa expropriação, dirigida contra bens materiais ou imateriais, contra vítimas particulares ou institucionais.

**(b.1º)** O “contrabando-quase-descaminho de triangulação” é a importação da produção nacional destinada exclusivamente à exportação. Tira vantagem da imunidade constitucional que livra os produtos industrializados exportados da incidência do IPI,



tributo de maior alíquota aplicável aos cigarros. A princípio, pode ser considerada uma hipótese de contrabando, já que a importação de mercadorias estrangeiras é proibida (Decreto-Lei n.º 1.593/77, artigo 12, § 1º) e não faria sentido algum exigir tributos pelo seu reingresso no território nacional. Entretanto, parte significativa da jurisprudência tem considerado a hipótese mais um caso de descaminho, já que tais cigarros possuem essencialmente as mesmas características dos cigarros permitidos, não havendo razão para materialmente considerá-los proibidos.

**(b.2º)** O “descaminho de cigarros” consiste na importação da produção estrangeira permitida, mas sem o pagamento dos tributos devidos pela entrada da mercadoria, na forma do artigo 334, *caput*, do Código Penal.

**(b.3º)** A “contrafação de cigarros” é a falsificação de marcas de cigarros, proibida na forma do artigo 189, I da Lei n.º 9.279/96 e consistente na reprodução, imitação e alteração de marca registrada.

**(b.4º)** A “não aplicação de selos fiscais ou aplicação de selos fiscais falsificados” é tipificada como crime no artigo 293, § 1º, III, alíneas *a* e *b*, respectivamente, do Código Penal. A aplicação de selos de controle tributário foi estendida aos cigarros pelo artigo 15 e seguintes da IN RFB n.º 770/2007 (e previsões análogas anteriores), conforme autoriza a Lei n.º 4.502/64, no seu artigo 46.

Todos os esquemas de agenciamento mencionados correspondem a crimes que inauguram o mercado ilegal de cigarros na medida em que os tornam produtos de crime. A análise da criminalização da distribuição subsequente ao agenciamento, feita em conjunto a criminalização dos esquemas de agenciamento, releva um mosaico penal.

No caso do **(a.1º)** “contrabando de cigarros proibidos” encontra-se no § 1º, *c* combinado com o § 2º do artigo 334 do Código Penal, que incrimina aquele que vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio no exercício de atividade comercial ou industrial (ainda que irregular, clandestina ou mesmo doméstica) cigarros contrabandeados.

Tratando-se do **(b.1º)** “contrabando-quase-descaminho de triangulação” e do **(b.2º)** “descaminho de cigarros”, aplicam-se concorrentemente: **a)** o dispositivo anterior, mas referente a cigarros descaminhados; **b)** o da alínea *d* do § 2º (também combinado com o § 3º) do mesmo artigo do Código, que pune aquele que adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio no exercício de atividade comercial ou industrial (ainda que irregular, clandestina ou mesmo doméstica) mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de

documentos que sabe serem falsos; **c)** os artigos 2º e 3º do Decreto-Lei n.º 399/68, que criminaliza aqueles que adquirirem, transportarem, venderem, expuserem à venda, tiverem em depósito, possuírem ou consumirem cigarros estrangeiros importados sem o selo de controle tributário de que trata a IN RFB n.º 770/2007, pressupostamente descaminhados.

No caso da criminalização da distribuição dos cigarros agenciados na forma do crime de **(a.2º)** “inclusão de substância nociva a saúde”, aplica-se o disposto no *caput* do artigo 278 do Código: “vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde”.

Quando se trata de incriminar distribuição de **(a.3º)** cigarros agenciados pela contrafação, aplicam-se: **a)** no que se refere à oferta do bem, o artigo 190, I da Lei n.º 9.279/96, se a pessoa importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque cigarro contrafeito; **b)** no que se refere ao consumo, o artigo 180 do Código Penal, consistente no crime de receptação genérica, mas isso unicamente se o agente, sabe ou deveria saber da natureza ilícita do bem e o quer adquirir para o consumo.

No caso da **(b.4º)** “não aplicação de selos fiscais ou aplicação de selos fiscais falsificados”, a criminalização da distribuição se enquadra numa das condutas descritas no artigo 293, § 1º, III do Código Penal: “importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda, mantém em depósito, guarda, troca, cede, empresta, fornece, porta ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial (ainda que irregular, clandestina ou doméstica – conforme o § 5º do artigo 293)” cigarros com selos fiscais falsificados ou sem os selos.

As hipóteses de agenciamento **(a.1º)** e **(b.2º)** que analisamos correspondem, sem sombra de dúvidas, as situações historicamente mais frequentes de criminalização do mercado ilegal de cigarros.

No Brasil do início dos anos 90, o mercado ilegal de cigarros assumia majoritariamente a forma do **(b.1º)** “contrabando-quase-descaminho de triangulação”. Isso era fruto de uma estratégia concorrencial empregada pela grande indústria para fazer frente ao cenário antitabagista que ganhou força naqueles anos. Exportando cigarros diretamente para o Paraguai, ou para outros países da América Latina, de onde os cigarros partiam para aquele país, a grande indústria logrou compensar as perdas de suas receitas, reduzidas num primeiro momento pelo impacto de políticas de saúde pública. Do Paraguai, que importava cerca de dez vezes a capacidade de consumo de sua população, os cigarros eram trazidos ao Brasil por uma ampla rede clandestina

estruturada para viabilizar o mercado ilegal, que já à época atingia cerca de um terço do consumo de cigarros no mercado interno, número em torno do qual ainda oscila atualmente.

Quando o Governo reagiu era tarde demais. Para aproveitar a rede que já havia sido montada, o país vizinho promoveu uma espécie de “substituição de importações”, agora produzindo o que antes vinha do Brasil. Desde então, o mercado ilegal assumiu a forma predominante que até hoje possui, a do “contrabando de cigarros proibidos”.

Este trabalho aponta, enfim, para o fato de que os mercados ilegais constituem uma estratégia concorrencial para o capital, de um lado, e uma estratégia de sobrevivência para os trabalhadores desempregados ou que desejam ascensão social e não a encontram no “Lado A” da economia.

## Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE NASCIMENTO. Contrabando em Face da Lei. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1960.

AFOCEFE SINDICATO Técnicos do Tesouro RS. Cigarro “sonegado” substitui contrabando. Artigo retirado do jornal Folha de São Paulo de 16/05/2005. Disponível em [http://www.afocefe.org.br/informativo/view?ID\\_INFORMATIVO=29490](http://www.afocefe.org.br/informativo/view?ID_INFORMATIVO=29490). Recuperado em 20 de julho de 2011.

ARAÚJO JR, João Marcello de. Dos crimes contra a ordem econômica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ARAÚJO JR., José Tavares de. A Regulação da Indústria de Cigarros no Brasil. Junho de 2009. Estudo solicitado pelo Sindicato da Indústria do Fumo de São Paulo (SINDIFUMO-SP). Disponível em [http://www.ecostrat.net/cont\\_joset.html](http://www.ecostrat.net/cont_joset.html). Recuperado em 16 de outubro de 2011.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. Journal of political economy. v. 76, n. 01, 1968, pp.169-217.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte especial. Vol. 5. Dos crimes praticados contra a Administração Pública e dos crimes praticados por prefeitos (Lei n.º 10.028/2000). São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMÂRA FEDERAL. Comissão Parlamentar de Inquérito – Relatório da CPI da Pirataria. Centro de Documentação e Informação – CEDI. Coordenação de Publicações – CODEP. Brasília, 2004.

CANDEA, S., D. CAMPBELL, V. LAVROV & R. SHLEYNOV, (2008, October 19). Made to Be Smuggled: Russian Contraband Cigarettes ‘Flooding’ EU. The Center for Public Integrity. Disponível em <http://www.publicintegrity.org/investigations/tobacco/articles/entry/763/>. Recuperado em 15 de julho de 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Crime organizado. Instituto de Criminologia e Política Criminal, p. 3. Disponível em [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/crime\\_organizado.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/crime_organizado.pdf). Recuperado em 01 de novembro de 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

CLEMENTE, Ademir; WELTERS, Ângela. Reflexões sobre o modelo da economia do crime. Revista de Economia, v. 33, n. 2 (ano 31), p. 139-157, jul./dez. 2007. Editora UFPR.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Crimes de Contrabando e Descaminho. São Paulo: Saraiva, 1983.

COSTA JR. Paulo José da. Comentários ao Código Penal. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1987-1989.

DAIANI DA SILVEIRA et al. Anuário brasileiro do tabaco 2010, pp. 145. Disponível [http://www.anuarios.com.br/port/versao\\_pdf.php?idEdicao=91&idAnuario=34#](http://www.anuarios.com.br/port/versao_pdf.php?idEdicao=91&idAnuario=34#). Recuperado em 10 de novembro de 2011.

DEOCLECIANO TORRIERI GUIMARÃES, Dicionário Técnico Jurídico. São Paulo: Rideel.

DIEGUEZ, Consuelo. O Rei da Maracutaia. Revista Exame, n.º 26 março de 2003, p. 62-64. Disponível em <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0788/noticias/o-rei-da-maracutaia-m0052288>. Recuperado em 02 de novembro de 2011.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 68.

DUYNE, P. C. van (2003). Organizing Cigarette Smuggling and Policy Making Ending Up in Smoke. *Crime. Law and Social Change*. 39, 285-317

FEIGE, Edgar L. Defining and estimating underground and informal economies: the new institutional economics approach. *World Development*, Vol. 18, n. ° 7, July 1990, p. 4.

FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito Penal. Parte Especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FIORENTINI, Gianluca. *Organized Crime and illegal markets*, 1999. Disponível em <http://encyclo.findlaw.com/8400book.pdf>. Recuperado em 02 de novembro de 2011.

FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. Coordenadores. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7º Edição. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL (ETCO). *Economia Subterrânea do Brasil se mantém estável em relação ao PIB, revelam ETCO e FGV*. Disponível em <http://www.etco.org.br/noticia.php?IdNoticia=3836>. Recuperado em 04 de julho de 2011.

LAGRECA, Rodrigo & HEXSEL, Astor. *A política governamental de tributação de bens de consumo e seus reflexos na formação de concorrência desleal: o caso da indústria de cigarros*. Apresentado no Encontro da Associação Nacional de pós-graduação e pesquisa em Administração (EnANPAD) 2005. Disponível em <http://www.icde.org.br/artigos/>. Recuperado em 02 de novembro de 2011.

---

\_\_\_\_\_. *Análise de dinâmicas competitivas na estratégia das indústria de cigarros com o impacto do mercado informal*. Apresentado no EnANPAD 2003. Disponível em <http://www.icde.org.br/artigos/>. Recuperado em 02 de novembro de 2011.

---

\_\_\_\_\_. Análise de similaridades entre os padrões de concorrência desleal no Brasil e em países de alta renda: uma visão no setor de cigarros. Disponível em <http://www.icde.org.br/artigos/>. Recuperado em 02 de novembro de 2011.

---

\_\_\_\_\_. Concorrência desleal: concepções do processo de mobilização estratégica a partir de um estudo de caso. Revista de Administração Contemporânea, 1º. Edição Especial. 2007, pp. 11-31. Veiculada eletronicamente no endereço <http://www.anpad.org.br/>. Disponível em <http://www.icde.org.br/artigos/>. Recuperado em 02 de novembro de 2011.

LAL, A., E SCOLLO, M. 2002. “Big Mac Index of Cigarette Affordability”, Tobacco Control, Vol. 11, pp. 280-282.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Vol. 2. São Paulo: Forense, 1958.

MAGALHÃES, E. Noronha. Direito Penal. Vol. 4 São Paulo: Saraiva, 1995.

MAGALHÃES, Giovani. A economia do crime: o Direito Penal sob o olhar da análise econômica do direito. Disponível em <http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/a-economia-do-crime-o-direito-penal-sob-o-olhar-da-analise-economica-do-direito/30/>. Recuperado em 06 de novembro de 2011.

MANNHEIM, Hermann. Criminologia Comparada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965, quarta parte, pp. 685-911.

MAZUR, Bianca de Freitas. Os tipos de contrabando e descaminho como capítulo do Direito Penal: análise de seus aspectos, elementos e características, p. 41. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Paraná, Curitiba.

NOGUEIRA, Rui Barbosa. Curso de Direito Tributário, 14º Edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORMAS DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). Disponível em [http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/LEG\\_NORMA\\_PESQ\\_CONSULTA.CFM](http://portal2.saude.gov.br/saudelegis/LEG_NORMA_PESQ_CONSULTA.CFM).

NORMAS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/grupo2/legislacao.htm>.

OLIVEN, Ruben George. A violência como mecanismo de dominação e como estratégia de sobrevivência. Dados – Revista de Ciências Sociais, 23 (3). Rio de Janeiro, Iuperj, 1980, p. 371-376.

PIERANGELI, José Henrique. Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Arrecadação de tributos federais no setor de cigarros (2008 e 2009). Disponível em <http://ftp.receita.fazenda.gov.br/Historico/DestinacaoMercadorias/ProgramaNacCombCigarroIllegal/ArrecadacaoCigarros/ArrecCigarro20082009.htm>. Recuperado em 15 de novembro de 2011.

REGIS PRADO, Luis. Comentários ao Código Penal. 4º Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Edital Revista dos Tribunais, 2007.

RUGGIERO, Vincenzo. Crimes e Mercados: Ensaio em anti-criminologia. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.



SAPORI, Luís Flávio e WZNDERLEY, Cláudio Burian. A relação entre desemprego e violência na sociedade brasileira: entre o mito e realidade in A violência do cotidiano. Cadernos Adenauer, Ano II, 2001, n.º 1. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, março 2001.

SHIKIDA, Pery F. A. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review*, V. 1, nº 2, p. 324-344, Jul-Dez, 2010.

SIQUEIRA, Galdino. Direito Penal Brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia). Vol. II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SOUZA CRUZ. Primeiro Trimestre de 2010. Disponível em [http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou\\_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9PFC/\\$FILE/medMD89JPMT.pdf?openelement](http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DO7V9PFC/$FILE/medMD89JPMT.pdf?openelement). Recuperado em 15 de novembro de 2011.

TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS DA 3º E 4º REGIÕES. Pesquisa jurisprudencial nos endereços: <http://www.trf3.jus.br/> e <http://www.trf4.jus.br/trf4/>.

VELJANOVSKI, Cento. A Economia do Direito e da Lei. Instituto Liberal: São Paulo, 1994.

VON LAMPE, Klaus. The Illegal Cigarette Trade. Published in: Mangai Natarajan (ed.), *International Criminal Justice*, New York: Cambridge University Press, 2011, pp. 148-154.

XAVIER, Alberto. Constitucionalidade do regime tributário do IPI sobre cigarros do Decreto n.º 3.070/99, p. 22-53, in *Tributação Específica*. Coordenador Hamilton Dias de Souza. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 22-24.